

BULLETTINO
DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

26-27

1913-14

ANNO XXVI

ROMA
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
presso la Facoltà Giuridica
della R. Università

1913



N
9
S75
G770
26-27

DI NUOVO SULLA DOTTRINA ROMANA DELL'ACTIO ARBITRARIA

(A proposito di una recente ipotesi)

Nel vol. XXV di questo *Bullettino* (pagg. 130-195) l'Arangio-Ruiz inizia una interessantissima serie di *Studi formulari* di cui il primo, il solo pubblicato, porta appunto il titolo: *de eo quod certo loco dari oportet*.

Sia permesso a me che mi sono occupato tempo fa dello stesso argomento¹⁾, discutere brevemente i risultati a cui perviene ora l'Arangio.

Riassumo le mie conclusioni. Nel diritto classico il debitore che aveva promesso di dare in un certo luogo non poteva essere convenuto alibi: l'attore avrebbe perduto la causa per plus petitio loco. Ma il Pretore introdusse un'azione speciale - chiamata actio arbitraria - la quale permetteva all'attore di agire alibi senza pericolo di plus petitio: ed in piena corrispondenza con questa funzione, l'azione conteneva anzitutto la menzione del locus solutionis nell'intentio (così ad es.: si paret *Ephesi* dare oportere), ed aveva una condemnatio speciale la quale permetteva al giudice di detrarre dall'ammontare del debito quel particolare interesse loci, quella utilitas come dicono le fonti, che aveva il debitore a pagare nel luogo stabilito anzichè nel luogo dell'azione.

Questa la funzione ed il contenuto dell'azione nel diritto classico. Giustiniano, caduto al suo tempo il concetto e gli effetti classici della plus petitio e, pertanto, venuto meno il fondamento della valutazione dell'interesse del debitore, sente il bisogno di trasformare radicalmente la struttura dell'istituto ammettendo che anche dell'interesse del creditore si tenesse conto in giudizio. I compilatori si rappresen-

¹⁾ Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria, Palermo, 1911.

tarono l'istituto da un punto di vista materiale anzichè, come i classici, strettamente processuale: come il debitore può avere interesse a pagare nel luogo stabilito, così anche il creditore può avere un tale interesse altrettanto degno di tutela. In un tempo in cui la valutazione dell'interesse del debitore non trovava più giustificazione nella *plus petitio*, questa sistemazione doveva sembrare logica ed equa.

La tesi avanzata ora dall'Arangio attacca direttamente quello che nei miei risultati costituiva il presupposto. L'Arangio sostiene che nel processo formulare un'azione speciale creata ad evitare la *plus petitio loco* come sostitutiva della *condictio* non è mai esistita; essa è invece tutta una creazione dei compilatori e sono appunto i compilatori che hanno battezzata *actio arbitraria* l'azione da essi creata. I classici a fine di evitare la *plus petitio loco* conobbero solo un *agere adiecto loco in intentione*: ma l'azione era e restava sempre la *condictio*. Per ciò che si riferisce poi al lato sostanziale dell'istituto, l'A. perviene alla conclusione che nel diritto classico fosse di gran lunga prevalente, se non esclusivo, l'interesse del creditore ad essere pagato nel *locus solutionis* anzichè nel *locus actionis*; e pertanto, la giurisprudenza, in base ad una speciale modifica nella *condemnatio della condictio certae creditae pecuniae*, venne ad ammettere che dell'interesse *loci* dell'attore si tenesse conto dal giudice nella condanna. Solo più tardi, e l'A. ha forti sospetti che si tratti di innovazione bizantina, si ammise che anche l'interesse del debitore potesse essere stimato e dedotto in giudizio.

Questa è in breve la tesi che l'A. si propone di dimostrare con quella eleganza e quella vigoria che sono ben note nell'egregio scrittore.

I.

1. L'A. ammette che il Pretore abbia proposto nell'albo solo un'intentio *adiecto loco*. Però, mentre la formula della *condictio certae rei* non subì alcun'altra modificazione, invece, alla *condemnatio certa della condictio certae pecuniae* fu sostituita dal Pretore quest'altra: «*quanti ea res erit*» (pag. 194 e seg.). E la formula risultante da queste profonde modificazioni pretorie sia nell'intentio che nella *condemnatio* secondo l'Arangio, non cessava di essere sempre la *condictio certae*

credita pecuniae. Questa affermazione, che rappresenta il *leitmotiv* di tutto il lavoro dell'A. e che racchiude il risultato della sua indagine, ha bisogno di una dimostrazione perentoria. L'accusa di assurdità è pienamente legittima: è assurdo infatti ammettere che un'azione civile la cui formula il *Pretore* modifica profondamente sia nell'intentio che nella condemnatio, resti sempre l'azione originaria e non cessi affatto di essere sempre un'azione civile. Se non si fornisce la *prova sicura* che i classici abbiano proprio pensato in questo modo l'obbiezione si presenta con insistenza ed in tutta la sua forza.

È stata fornita questa prova dall'Arangio?

Anzitutto l'A. avrebbe forse fatto meglio a non invocare la lacuna di Gaio, IV, 53 c (pag. 134-136): se un argomento da questa può ricavarsi è certo contrario a quanto egli sostiene.

Nel palinsesto veronese sono leggibili solo le seguenti parole:

..... dari promissum est id ne eius loci petatur velut
si dare spondes? d Romae p [v. 1¹/₂]
dare mihi oportere [vv. 2¹/₂] petere id est non adiecto
loco.

Le prime lacune sono colmate facilmente dagli editori in base ad Inst. IV, 6, 33, c: «*loco plus petitur veluti si quis quod certo loco dari promissum est id alio loco sine commemoratione eius loci petatur velut si quis ita stipulatus fuerit 'Ephesi dare spondes?' deinde Romae pure intendat dari sibi oportere*». Riguardo alle ultime due lacune, le più notevoli, gli editori generalmente rinunziano a colmarle pur rilevando, in base al passo delle Inst. di Giustiniano, quello che sostanzialmente doveva dire Gaio. Un critico prudente dovrebbe astenersi dal ricavare un qualsiasi argomento da una lacuna; non così però l'A. il quale assume che nel contesto gaiano non poteva trovar posto la menzione dell'actio arbitraria e « lo mostrano la brevità delle lacune... e i precisi richiami offerti dalle poche parole superstiti » (pag. 135).

Il rilievo sarebbe davvero impressionante. Ma l'A. non avvertì che se egli dalle Istituzioni giustiniane espunge tutto il tratto da «*ideo autem*» fino a «*foenerantur*»¹⁾ e se ritiene corrotto tutto il corri-

¹⁾ Pag. 177. L'A. (pag. 139) ritiene però genuino il tratto «*quae utilitas plerumque... foenerantur*»; ma evidentemente questa trattazione particolareggiata non entrava nell'ordine di idee di Gaio.

spondente passo di Teofilo, si viene a trovare nella condizione di non potere colmare in nessun modo la seconda lacuna; anche a voler trasportare di peso il tratto finale delle Istituzioni giustinianee « si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit », non si possono arrivare a metter su più di 85 lettere nella scrittura *distesa*, mentre la lacuna che è di due versus e mezzo non dovrebbe contenere meno di un centinaio di *litterae*¹); e si noti che, come rileva anche l'A. (pagg. 125), le Inst. giustinianee contengono qui una relazione più ampia di quella gaiana e che specialmente costituiscono delle vere ridondanze l'« id eo est eo loco petat quo ut sibi detur stipulatus est », e l'« id est non adiecto loco » dopo « pura actione recte agit ». Altrettanto si dica per la prima lacuna la quale è colmata dall'A. in questo modo: « *sed adiecto loco possum intendere te Ephesi dare mihi oportere* ». Questa ricostruzione, già discutibile per la forma²), diventa assai problematica ove si consideri che il completamento proposto comprende nella scrittura distesa solo 37 lettere mentre la lacuna è di un rigo intero e le poche righe superstiti in questo punto nella scrittura distesa danno un minimo di 45 ed un massimo di 55 lettere.

Dunque se un argomento deve ricavarsi dal fatto puramente *negativo* della lacuna è precisamente questo: Gaio doveva dire *di più* di quanto suppone l'Arangio e *di più* di quello che, secondo l'A., doveva dire il passo genuino accolto nelle Ist. giustinianee.

Ma ammessa pure l'impossibilità che nello spazio delle due lacune potesse entrare con altre parole quanto sostanzialmente ci dicono le Ist. giustinianee e cioè « *propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret* », o la formula dell'azione che forse riportava Gaio, chi abbia per poco familiarità col palinsesto veronese si guarderebbe bene dal trarre da ciò una conclusione decisiva. È noto infatti che ivi interi brani « ita de-

¹) Ogni versus contiene un minimo di trenta ed un massimo di quarantacinque litterae; la media si calcola di trentanove: cfr. *Praefatio* alla riproduzione fotografica del palinsesto veronese, pag. 24.

²) Quantunque il *mihi* superstite lo faccia supporre, pure a me sembra impossibile che Gaio il quale nel § 53-c ed in tutta la trattazione della *plus petitio* parla sempre in terza persona, abbia cambiato così bruscamente la persona del verbo. E poi, « *intendere Ephesi dare oportere adiecto loco* » non ha senso comune.

sunt ut ne lacunae quidem signum in C. extet»¹⁾; e di ciò si ha esempio quasi ad ogni pagina: basta sfogliare ad es. l'edizione dello Studemund in cui quei tratti che necessariamente dovevano trovarsi in Gaio ma che non hanno lasciato traccia di lacuna nel manoscritto sono chiusi tra < >; e si badi che si tratta di omissioni le quali avrebbero occupato parecchi versus del manoscritto; fra le più tipiche e più estese basterà ricordare: I, 12, 43, 144, 166; II, 146, 252; III, 100, 149.

La lacuna di Gaio per chi vuole ricostruire il diritto classico su solide basi e non su semplici congetture va dunque messa da parte. Quel metodo di diagnosticare l'interpolazione fondato sul computo delle lettere che dovevano trovarsi nel testo genuino lacunoso - metodo che il Riccobono applicò con ottimi risultati per il fr. 9, 7, D. 7, 1. (= Fr. Vat. 70²⁾) -, qui non vale dal momento che per l'esatto confronto manca il testo giustiniano corrispondente al testo genuino giacchè il passo delle Istituzioni giustiniane non è certamente estratto dalle Istituzioni gaiane; e se appartiene alle res cottidianae, come si ammette generalmente, è risaputo che queste contengono sempre una esposizione più ampia delle Istituzioni.

Ho voluto insistere su tutto ciò più del bisogno perchè la lacuna del manoscritto per l'Arangio diventa « silenzio di Gaio sul nome dell'actio arbitraria » il quale silenzio per l'A. « deriva dal non conoscere egli questo nome: se l'avesse conosciuto, lo avrebbe probabilmente (?) ricordato ai suoi studenti »³⁾. Ma in ogni caso, l'argomento a silentio vale un bel nulla se non è confermato da altri elementi *positivi*; ora sono appunto questi che nel caso presente mancano del tutto.

L'A. in tutta la sua ricostruzione dà una importanza decisiva alla parafrasi di Teofilo. E ben a ragione. Ma quanto ivi è detto, ove si esamini senza preconcezioni, è apertamente contrario alla tesi dell'A.

Teofilo (IV, 6, 33, c) dopo aver parlato della plus petitio loco continua:

τούτου χάριν ὁ praetor ἐπενόησε τοιαύτην ἐναγωγήν [ideo Praetor hanc *actionem* proposuit].

¹⁾ STUEMUND, *Praefatio*, pag. x.

²⁾ *Studi in onore di E. Brugi*, pag. 171 e segg.

³⁾ Pag. 135 e seg. Alla n. 1 della pag. 136 l'A. scrive: « Osservazioni analoghe a proposito della denominazione dell'a. confessoria v. in SEGRE, *Mélanges Girard*, II, pag. 575 ». Ora per la verità è da avvertire che l'illustre romanista di Parma fu ben lontano dal far passare *lacune* del manoscritto per *silenzio* di Gaio.

L'Arangio (pag. 137), seguendo il Ferrini ed il Beseler, traduce ἐναγωγή per intentio anzichè per actio. Questa traduzione io respinsi (pag. 17, n. 1) senza però dire le ragioni; queste allora mi sembravano intuitive; ma dal momento che l'Arangio insiste su quella traduzione, ecco le ragioni perchè essa è impossibile.

a) Il Pretore promette e propone nell'albo *sempre* actiones, o meglio, iudicia, *mai* intentiones; se l'Arangio nelle fonti a noi note ha trovato esempi di proporre *intentionem*, non ne defraudi gli studiosi. Attendendo questa documentazione, posso per ora far rilevare che i giuristi in questa stessa materia di plus petitio parlano sempre di *actio* anche quando si tratta di pura e semplice modifica della redazione normale dell'intentio; così Gaio (IV, 54) per la vindicatio incertae partis: «idem iuris est et si in rem incertae partis *actio* data sit velut talis 'quantam partem paret in eo fundo quo de agitur actoris esse' quod genus *actionis* in paucissimis causis dari solet»; e per l'actio cum compensatione (IV, 64): «alia causa est illius *actionis* qua argentarius experitur: nam is cogitur cum compensatione *agere* ... ecce enim si sestertium X milia debeat Titio, atque ei XX debeantur, sic *intendit* 'si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet'»; e nelle Istituzioni giustiniane per la plus petitio causa, in un passo in sè e per sè insospettabile e ancor più per il confronto con i testi citati di Gaio, è detto (IV, 6, 33 d): «qua de causa talis in ea re prodita est *actio*, ut quis *intendat* hominem Stichum aut decem aureos sibi dari oportere».

b) Il Pretore, secondo l'A., avrebbe proposto solo un'intentio. Doveva anche ben proporre nell'albo quella condemnatio speciale cioè « quanti ea res erit » che il Pretore, sempre secondo l'A., avrebbe sostituito alla condanna della condictio certae c. p. Ora *intentio* + *condemnatio* = *actio* o *formula*. Dunque Teofilo ed il corrispondente passo di Gaio logicamente dovevano parlare di actio o di formula e non di intentio; del resto, confronta quello che dice Ulpiano nel fr. 2 § 8, h. t.: « nunc de officio iudicis huius *actionis* [formulae Ulp.]¹⁾ loquendum est ».

c) L'A., traviato da un falso preconetto, non ha avvertito che Teofilo in tutto il passo relativo alla plus petitio loco non parla mai

¹⁾ Così lo stesso ARANGIO, pag. 132.

di *intentio* e *intendere* adiecto loco o sine loci adiectione, ma sempre in genere di un *agere* sine loci commemoratione o cum loci adiectione: « ἐν ἐτέρῳ ἀπαιτῶσι τόπῳ μνήμην μὴ ποιησάμενος τοῦ τόπου... ἐὰν γὰρ εὐρεθῇς ἐν τῇ Ῥώμῃ καὶ πῦρος κινήσω κατὰ σου, τούτεστι μὴ μνησθεὶς τῆς Ῥώμης, εἰσάγεται ἢ plus petition » [alio loco petam sine commemoratione eius loci... si ergo Romae degas et ego a te pure petam, id est sine Ephesi commemoratione, plus petitio inducitur]; e più avanti Teofilo parla della commemoratio loci « ἐν τῇ δίκῃ ἐκτὸς κινῶν τῆς Ῥώμης ». E che Teofilo riferisca la commemoratio loci non all'*intentio* ma a *tutta* l'azione è provato dal seguito: « ἡ γὰρ πῦρα ἐναγωγὴ τὴν τοῦ διαφέροντος ἐξέτασιν ἀναιρεῖ » [pura enim actio eius quod interest aestimationem fieri non sinit]. È forse l'*intentio* della formula che impedisce la valutazione dell'interesse loci?

d) L'A. ammette la equazione della voce ἐναγωγή alla latina *intentio* (pag. 137, n. 1). Ora se è vero che questa equazione, come dice lo stesso A., è « di capitale importanza » per il suo studio, è chiaro che egli avrebbe dovuto dimostrare che i greci interpreti traducono *sempre* ed *esclusivamente* *intentio* per ἐναγωγή. Ma una simile dimostrazione l'A. non poteva dare ed una documentazione *contraria* da parte mia è superflua¹⁾ dal momento che il significato

¹⁾ Ciò non pertanto mi piace osservare che il dubbio che ἐναγωγή possa significare tecnicamente *intentio* non può neanche lontanamente affacciarsi a chi legga i titoli da VI a XVIII del libro IV della parafrasi teofilina confrontandoli con i relativi passi delle Istituzioni giuliane. Così IV, 7, pr.: « λόγον ποιῶμαι περὶ μόνων πρὸς οὐδέτην γενομένων συναλλαγμάτων καὶ τῆς κατὰ τοῦ δεσπότου ἐναγωγῆς »: cfr. Gaio (IV, 69): « opus est, ut de hac actione et de ceteris, quae eorundem nomine in parentes dominosve dari solent »; IV, 7, 5: « καλλίων δὲ ἡ ἐναγωγὴ τῆς de peculio ἐστίν, ἥπερ τῆς tributorias »; cfr. Gaio (IV, 74): « sed huic sane plerumque expedit hac potius actione uti quam tributoria »; IV, 16, 1 b: « Εἰς τινες ἀγωγαι, αἵτινες εἰς πλεόν ποιοῦνται τὴν καταδίκην τοῦ ἀπλοῦ, εἰ καὶ κατ' ὁμολογούντος γίνηται ἡ ἐναγωγὴ »; cfr. Gaio (IV, 173): « statim autem ab initio pluris quam simpli actio est... nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, plus quam simpli est actio »; IV, 6, 32: « εἰς certam ποσότητα ἔτοι εἰς certam πρᾶγμα ποιήσασθαι τὴν καταδίκην, εἰ καὶ incerta ἐστὶν ἡ παρὰ αὐτῷ κινουμένη ἐναγωγὴ » cfr. Gaio (IV, 51): « iudex si condemnet certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit » ed Inst. IV, 6, 32: « etiam si de incerta quantitate apud eum actum sit » [erra l'A. (pag. 137, n. 1) il quale, dimenticando il passo di Gaio, respinge la esatta traduzione del FERRINI per proporre la impossibile traduzione « etiam si incerta intentio sit »]. IV, 6, 19: « ἡ δὲ ἐκ τοῦ Aquiliu ἀγωγὴ mixta ἐστίν, οὐ μόνον ἔνδικα κατὰ τοῦ ἀρνούμενου κινεῖται εἰς τὸ διπλάσιον, ἀλλ' ἐστ' ὅτε καὶ ἔνδικα

di ἐναγογή nel passo in esame di Teofilo è chiarito ottimamente dal κινεῖν e dall' ἀπαυτεῖν che in esso s' incontrano ad ogni piè sospinto,

εἰς τὸ ἀπλοῦν ποιεῖται τὴν ἐναγογὴν»; qui la traduzione per intentio è impossibile perchè non è certo l' intentio della formula confessoria legis Aquiliae concepita in simplum (cfr. LENEL, *Das Edictum*, pag. 195); vedi del resto Gaio, IV, 9: « rem vero et poenam persequimur velut ex his causis ex quibus adversus infiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem... damni iniuriae legis Aquiliae ».

In altri passi manca il confronto diretto con Gaio ma la equivalenza di ἐναγογή ad actio non è perciò meno sicura. Così IV, 13, pr.: « εἰπόντες περὶ τῶν ἐναγωγῶν ἀκόλουσον ἐνομήσαμεν καὶ περὶ παραφραδῶν διαλεχσῆναι »; Teofilo fin qui aveva parlato de actionibus non de intentionibus. Come pure è impossibile tradurre ἐναγογή per intentio in IV, 12, 2 ed in IV, 6, 30. Ed è per noi assai interessante il fatto che nella traduzione greca dell' interdictione utrobi contenuta in IV, 15, 7b, e che il FERRINI espunge come glossa, le note parole « quod de agitur » sono rese così « περὶ οὗ γένηται ἡ ἐναγωγή ».

In pochi passi della parafrasi ἐναγογή, dal punto di vista classico, potrebbe anche tradursi con intentio: così IV, 6 pr., 33c (in fine), 33d, 33e; 10, 2. Ma non pare che il parafraste intenda usare qui quel termine in un significato diverso da quello che si è rilevato nella lunga documentazione che precede. E la prova di ciò si ha nel medesimo § 2, IV, 6 invocato dallo stesso ARANGIO (pag. 137, n. 1); se l'A. accoglie, come pare (pag. 141, n. 1), e come io credo bisogna fare, i recenti rilievi del SEGRE (*Mélanges Girard*, II, pag. 512 e segg.) sul termine actio confessoria e negatoria per la rivendica dell'usufrutto e delle servitù, non può negare che nel passo citato l'« ἐπὶ τῆς negatorias ἐναγωγῆς » e l'« ἡ ἐναγωγή confessoria » sia del tutto equivalente al termine actio confessoria e negatoria che i compilatori introducono per la prima volta, ed alla locuzione « confessorias κινῶ » che si trova frequentemente nella stessa parafrasi (su tutto ciò cfr. SEGRE, loc. cit.).

Secondo l'A. (loc. cit.) la « prova provata » dell'equivalenza di ἐναγογή ad intentio si avrebbe nel § 33, IV, 6 in cui, mentre le Istituzioni hanno « si quis agens in intentione sua plus complexus fuerit » la parafrasi ha, invece « παρατινοῦμεν δὲ καὶ τῷ actori αὐτὴν τὴν intentiona [καὶ τὴν ἐναγωγὴν] εἰς τὸ ἀληθές ποιήσασπαι χρέος »; le parole καὶ τὴν ἐναγωγὴν sono col FERRINI da espungersi ma per l'ARANGIO, loc. cit. « non ne risulta meno chiaramente la identità di significato nel pensiero dei bizantini »; ma non comprendo come l'A. prenda sì strano abbaglio: se un glossatore aggiunge al τὴν intentiona καὶ ἐναγωγὴ è evidente che per lui ἐναγογή non è la stessa cosa di intentiona.

In conclusione: ἐναγογή nel pensiero dei bizantini equivale sempre ad actio, come ἐναγεῖν significa sempre agere e come ἐναγῶν ed ἐναγόμενος sono termini tecnici per indicare rispettivamente l'attore ed il convenuto: documentazioni su questo punto sarebbero superflue. Che poi la particella ἐν non alteri affatto sostanzialmente il significato di ἀγωγή risulta provato dal fatto che in moltissimi passi in cui s'incontra ἐναγογή in qualche manoscritto della parafrasi si trova solo ἀγωγή: così IV, 6, 1, 2, 19, 30, 32; 13 pr. La lettura della parafrasi teofilina insegna poi che ivi non s'incontra alcun termine greco per indicare l' intentio: con la consueta inflessione greca dei termini latini, si parla qualche volta di intentione oppure si usa una perifrasi come κινῶν λέγειν od altra simile.

e dal momento che ἐναγωγή sta ad indicare l'actio e non l'intentio in quel tratto di Teofilo riportato or ora « ἡ γὰρ πῦρα ἐναγωγή τὴν τοῦ διαφέροντος ἐξέτασιν ἀναίρει ». Ripeto: è forse l'intentio che non permette la valutazione dell'interesse?

In conclusione: la frase di Teofilo che abbiamo preso in esame « ὁ πράτωρ ἐπενόησε τοιαύτην ἐναγωγή » è formalmente e sostanzialmente identica all'altra che si trova nelle Ist. giustiniane « arbitraria actio proponitur » ed a quella del fr. 1 D. h. t. « visum est utilem actionem in eam rem comparare » dello stesso Gaio.

2. L'Arangio a sostegno della tesi che nel diritto classico non esistesse un'azione speciale per la plus petitio loco ma che si trattasse invece sempre dell'esercizio della condictio adiecto loco, invoca taluni testi (pag. 149 e segg.); così i fr. 2 §§ 2, 7 D. h. t. e 137, 2 D. 45, 2 1).

I primi due passi sono però invocati per mera svista.

Fr. 2, 3 D. h. t. (Ulp. 27 ad ed.): ... quare et in proposito eum, qui promisit Ephesi aut Capuae, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse: semper enim alium locum electurum: sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio, an debeat: quare putat posse ab eo peti altero loco *et sine loci adiectione* ...

L'A. su questo testo scrive che ivi « è nettamente riprodotta la terminologia gaiana (?), escludendosi per chi ben guardi il concetto di una speciale azione » (pag. 148). Ma l'A. non avvertì che qui si trattava di stipulatio Ephesi decem aut Capuae hominem (vedi anche il § 2), e che se il giurista decideva « posse peti *altero* loco *et sine loci adiectione* » non accordava all'attore la facoltà di agire *alibi* cioè in un terzo luogo diverso da Capua e da Efeso, ma in uno dei due luoghi dedotti in obbligazione. Dunque il *sine loci adiectione* si riferisce non al rimedio della plus petitio loco ma invece alla plus petitio causa che ha luogo nella stipulazione alternativa.

Fr. 2, 7 D. h. t.: Idem Iulianus tractat, an is qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilo minus possit *intendere sibi dari oportere*. et Iulianus scribit liberationem non contigisse.

L'A. scrive a questo proposito: « le parole segnate in corsivo sono

¹⁾ L'A. invoca anche (pag. 151) i fr. 22 D. 12, 1 e 4 D. 13, 3; ma su questi passi vedi oltre pag. 27 e segg.

così tecniche della *condictio*, che non è concepibile siano state usate a indicare un'azione diversa» (pag. 149). Ma da quali elementi testuali o puramente logici l'A. ricava che l'intendere dari sibi oportere debba qui riferirsi necessariamente all'azione proposta *alibi*? L'A. non ha posto mente che Giuliano parlava di intendere dari oportere esclusivamente rispetto al *liberationem* non contigisse che segue: il debitore pagando *alibi* all'*adiectus* non resta liberato ed il creditore ha sempre la facoltà di agire, secondo i casi, sia nel *locus solutionis* che *alibi*¹⁾; con qual mezzo processuale debba agire *alibi* non era questione che entrava nell'ordine di idee di Giuliano; e Giuliano parla appunto di intendere dari oportere come effetto della non liberazione perchè ciò era comune tanto alla *condictio* da esperirsi nel *locus solutionis* che all'*actio arbitraria* da proporsi *alibi*.

Nè la tesi dell'A. ha miglior giuoco nel fr. 137, 2 D. 45, 1 (*Venuleius I stip*):

Cum ita stipulatus sum 'Ephesi dari?' inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur, et magis est, ut totam eam rem ad iudicem [id est ad virum bonum] remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit quod facturum se promiserit [ut qui Ephesi daturum se sponderit, neque diplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis homines solent pervenire]. eoque transacto, quamvis Romae remanserit nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condicetur (condicatur Ven.), [vel] quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret [vel quoniam per alium Ephesi possit dari vel quia ubique potest solvere] (sed adiecto loco agendum est ne plus petendo actor causa cadat Ven.) nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest.

Ho chiuso in parentesi quadre le interpolazioni sospettate dall'A. (pag. 152 e segg.) ed ho riportato in corsivo le integrazioni da lui proposte. Ma tutto ciò è di scarso rilievo per noi²⁾.

¹⁾ Questo rilevai già anche nel mio lavoro, pag. 71.

²⁾ Ciò non pertanto mi sia permessa qualche osservazione alla ricostruzione proposta. Il taglio di tutto il tratto «ut qui... solent pervenire» fa sì che il re-

L'importanza del testo si appunta infatti solo nel termine *condicere* che Venuleio avrebbe adoperato per l'azione esperibile alibi¹⁾. Ora per attribuire importanza decisiva a ciò bisognerebbe dimenticare quanto ci dice ripetutamente Gaio: «*appellantur... in personam vero actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones*» (IV, 5)²⁾; «*nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse qua intendimus dari nobis oportere*» (IV, 18); cfr. pure IV, 33. Orbene, se nell'azione da esperirsi alibi si trattava sempre di un intendere dari sibi oportere, Venuleio ben poteva parlare di *condicere*. Tutto ciò a parte il sospetto che in questo testo profondamente rimaneggiato dai compilatori è lecito elevare sul *condicere*; che *condicere* e *condictio* nel nuovo diritto s'intenda ormai in genere per *agere* ed *actio in personam*, e sia un termine di cui abusano i compilatori, hanno messo in luce gli scrittori che in gran copia si sono occupati della *condictio incerti*³⁾.

3. Questi sono gli argomenti a cui l'Arangio affida la sua tesi; questi sono gli argomenti «*molteplici ed indiscutibili*» (pag. 154) da cui l'Arangio ricava la strana affermazione che la *condictio certae creditae pecuniae* di cui il Pretore modificò sia l'intentio che la *condemnatio* era e restava sempre la *condictio*; questi sono «*i risultati precisi e sicuri*» (pag. 148) per cui l'Arangio si sente autorizzato ad esercitare la più inaudita violenza sui testi della compilazione che hanno la disgrazia di menzionare l'*actio arbitraria*.

Ma se a favore della sua tesi nessun argomento di qualche rilievo ha potuto portare l'Arangio, è certo che le fonti, esaminate senza preconcetti, vi stanno apertamente contro.

manserit, il *possit*, l'*et* e lo *steterit* vengano a riferirsi a quell'innocente diligens paterfamilias! L'A. infine interpola, per così dire, quel tratto «*sed adiecto... cadat*»: che si tratti di intrusione risulta dal fatto che la motivazione seguente «*nam et...*» non sta in nessun rapporto con quella proposizione.

¹⁾ Che si tratti di azione alibi può desumersi dal dato di fatto che il debitore «*Romae remanserit*»; ma se si pensa alla possibilità che il debitore abbia costituito nel locus solutionis qualche rappresentante giudiziale, non si deve escludere che anche qui si possa trattare della *condictio intentata* nel locus solutionis e che l'esegesi di questo testo debba essere identica a quella del fr. 2, 7 D. h. t. esaminato sopra.

²⁾ Probabilmente il *fieri* in questo testo è una glossa: cfr. PFLÜGER, *Condictio und keine Ende*, 1912, pag. 15.

³⁾ Da ultimo vedi PFLÜGER, op. cit.

Così Ulpiano nel fr. 2, 1 D. h. t. inizia il suo commento in questo modo:

Haec autem actio ex illa stipulatione venit ubi stipulatus sum a te Ephesi dare.

L'A. (pag. 150) è d'avviso che Ulpiano doveva dire *haec formula*. Possibile. Ma se l'azione proposta alibi restava sempre la *condictio* non era forse per lo meno ingenua questa dichiarazione di Ulpiano?

In altri testi della compilazione si parla in questa materia di *actio*; e *nessun* argomento l'A. ha potuto portare per la presunta interpolazione. Così per il fr. 1 D. h. t.: «visum est utilem actionem in eam rem comparare», per il fr. 3 D. h. t.: «ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio»¹⁾ e per il fr. 7, 1 D. h. t.: «hac actione utendum erit»²⁾. Del resto, come supporre qui un'interpolazione quando il commento genuino di Ulpiano, come ammette lo stesso Arangio, parlava ripetutamente di *haec formula* (fr. 2 § 1 e 8 D. h. t.)? Che i giuristi nei testi ricordati parlassero di *haec formula* anzichè di *actio* è ben possibile, ma per noi del tutto irrilevante: si avrebbe sempre in ciò la prova che si tratta di una formula speciale.

Secondo l'A. la costruzione di un'azione speciale come sostitutiva della *condictio* sarebbe opera dei compilatori i quali avrebbero anche battezzato la nuova azione da essi creata col nome di *actio arbitraria*.

Le osservazioni precedenti, se non m'illudo troppo, hanno demolito le basi di questa tesi. Ma ora mi domando se astrattamente sia possibile ammettere questa opera di battesimo da parte dei compilatori.

Nei miei *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, fasc. I, pag. 5 e seg., e che l'Arangio vide ancor prima che venissero diffusi tra gli studiosi, ho dato l'elenco dei testi che contengono il

¹⁾ Può darsi che Gaio abbia detto «haec condemnatio» come pensa il BESELER, e l'ARANGIO, pag. 193, ma non per la ragione addotta dall'A. (loc. cit.) «perchè nell'arbitrio del giudice si può riporre l'ammontare di una condanna, non l'esistenza o la spettanza di un'azione»; Gaio forse parlava di spettanza dell'azione? Ad ogni modo la sostituzione di *actio* a *condemnatio* è irrilevante per la tesi dell'A.

²⁾ Su questo testo l'A. (pag. 156) osserva esser fuori dell'uso classico lo stipularsi nel senso di promettere. Non debbo fare altro che rimandare il lettore a quei testi insospettati raccolti dal SECKEL, *Handlexicon*, ad v. stipulari.

termine *actio arbitraria*: dal *Voc. iur. rom.* e dalla lettura diretta di tutte le altre fonti sia giustinianee che pregiustinianee risulta che quel termine si trova adoperato 17 volte. Ora ben 10 volte *actio arbitraria* è la denominazione tecnica della c. d. *actio de eo quod certo loco*. Degli altri 7 passi, 4 sono pregiustiniani di cui 3 parlano della formula arbitraria degli interdetti, e nel quarto *actio arbitraria* si riferisce all'*actio Fabiana*. Dei tre testi che restano uno (fr. 14, 4 D. 4, 2) è certamente interpolato; degli altri due in cui compare la categoria generale delle *actiones arbitrarie*, ho cercato nei miei *Studi* di dimostrare l'interpolazione.

Da questa statistica si deduce un rilievo interessante, su cui concorda anche l'Arangio (pag. 144), e cioè che l'opera dei compilatori in questa materia è opera di sistemazione: essi si contentano di avvertire, specialmente nelle Istituzioni (IV, 6, 31), che esiste una categoria generale di azioni, chiamate *arbitrarie*, in cui « nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciatur: ... condemnari debeat » e non stanno ad avvertire per ogni singola azione rientrante in questa categoria che essa è arbitraria: l'unica eccezione si trova solo nel fr. 14, 4 D. 4, 2 in cui per l'*actio quod metus causa* è detto « cum arbitraria sit ». Possibile dunque che i compilatori i quali, salvo quest'unica eccezione, non attribuiscono mai la qualifica di arbitraria alle singole azioni, avrebbero poi chiamato con questo nome 10 volte l'*actio de eo q. c. l.*?

La stranezza, e direi quasi, la impossibilità di tale procedimento dei compilatori si presenta ancor più evidente ove si consideri che mentre per molte azioni è precisamente sull'*arbitrium iudicis* che s'imperniano radicali trasformazioni bizantine¹⁾ eppure i compilatori non chiamano mai dette azioni *arbitrarie*, essi invece avrebbero chiamato ben 10 volte *actio arbitraria* un'azione in cui, dopo tutto, l'*arbitrium iudicis* non è operativo di così profonde modificazioni come per le altre azioni.

¹⁾ Vedi i miei *Studi* nel cui fasc. I si rilevano le profonde modificazioni dei compilatori a proposito delle azioni *quod metus, doli, propter alienationem iudicii mutandi causa factam*, ecc. ed altre ne saranno rilevate nei fascicoli successivi; così, ad esempio, l'*arbitrium iudicis* permette all'*actio ad exhibendum* di trasformarsi in certo modo in una rivendica (fr. 3, 13 D. 10, 4 e sul testo vedi BESELER, *Beiträge*, I, pag. 29).

Per ammettere questo strano ed illogico procedere dei compilatori occorrerebbero delle prove sicure. Ma sono precisamente queste prove sicure dell'origine bizantina del termine *actio arbitraria* che l'A. non ha potuto fornire.

Le questioni di terminologia non si risolvono criticamente col semplice rilievo dell'interpolazione dei testi che contengono quel dato termine. Su questa via pare si sia incamminato l'A. incorrendo così in un grave errore di metodo. Anche quando l'A. riuscisse a dimostrare l'interpolazione di *tutti* quei 10 testi che contengono il termine *actio arbitraria*, la questione terminologica resterebbe allo statu quo: se per un momento si ammette che *actio arbitraria* sia stato il termine tecnico per l'*actio de eo q. c. l.*, è lecito domandare quale altra locuzione avrebbero dovuto adoperare i compilatori quando, interpolando interi tratti, avevano la necessità di nominare l'azione.

L'indicazione del metodo per simili questioni è stato fornito dalle indagini recenti. È il silenzio delle fonti pregiustinianee che ha portato soprattutto il Fehr ai suoi risultati sul termine *hypotheca*; è il contrasto fra diversi usi della medesima denominazione che mi ha portato a dichiarare tribonianea la categoria delle *actiones arbitrarie*¹⁾ e che ha portato il Segrè²⁾ ad attribuire ai compilatori la denominazione di *actio confessoria* e *negatoria* per la rivendicazione delle servitù.

Ma in questa materia nè l'uno nè l'altro criterio soccorrono. Non il silenzio delle fonti pregiustinianee poichè queste non parlano *mai* dell'istituto: il § 53 di Gaio, che certo doveva parlarne, è disgraziatamente lacunoso; e, ripeto, la lacuna del manoscritto non è il silenzio di Gaio. Teofilo parla di *haec actio* tacendo il nome di *arbitraria*; ma questo silenzio, ove si consideri che Teofilo accoglie sempre le nuove tendenze terminologiche bizantine, è piuttosto contrario che favorevole alla tesi dell'A.; ad ogni modo, il silenzio di Teofilo non è decisivo nè può diventar tale per il fatto che il parafraste nel § 31 non include l'*actio de eo q. c. l.* nell'elenco delle *actiones arbitrarie*: sia perchè come rilevai nel mio lavoro³⁾ nella parafrasi si trova «*ἡ καταβάλῃ*» equivalente al «*vel solvat*», e la menzione del *solvere*, come

¹⁾ *Studi*, cit. pag. .

²⁾ *Mélanges Girard*, II, pag. 511 sgg.

³⁾ Pag. 105.

contenuto dello iussus iudicis, difficilmente può avere altro riferimento all'infuori dell'actio de eo q. c. l. (vedi il fr. 4, l D. h. t. sulla cui itp. da me rilevata, pag. 82 e segg. conviene anche l'A. pag. 158, n. 2)¹⁾, sia perchè, se il § 31 è tutto fattura dei compilatori, come non esclude lo stesso Arangio, l'omissione di Teofilo non ha alcuna importanza.

Non soccorre qui neanche l'altro criterio derivante dal diverso valore della stessa denominazione, poichè l'A., dichiarandosi piuttosto favorevole (pag. 142) alla mia tesi che attribuisce ai compilatori la categoria generale delle actiones arbitrarie²⁾, rinuncia volontaria-

¹⁾ Anche qui la fretta ha fatto scrivere all'A. (pag. 147, n. 1): «fra questi pochi esempi (cioè di ac. ar.) e quello dell'a. Serviana, per la quale, come lo stesso Biondi riconosce, non è escluso che la clausola restitutiva contenesse la menzione del solvere». Ora io a pag. 105, n. 3, scrivevo invece: «potrebbe anche riferirsi all'actio Serviana; ma lo stesso LENEL, op. cit., pag. 474, insegna che la formula di detta azione non conteneva, come si ritiene generalmente la clausola 'nisi restituat aut pecuniam solvat' ma sibbene solo 'nisi arbitrio tuo restituatur'».

²⁾ Non posso esimermi qui dal correggere talune inesatte asserzioni dell'Arangio sulla mia tesi e su l'origine di essa.

I. Sono costretto anzitutto ad esercitare qui, mio malgrado, quell'arte del suum cuique tribuere che l'Arangio non ha saputo o voluto esercitare. L'A. (pagina 141) scrive: «la risoluzione della grave questione che così si impianta *si e più volte cercata dagli scrittori* mediante la critica alla categoria istituzionale delle azioni arbitrarie: l'equivocità della denominazione non apporterebbe così al linguaggio classico, ma al bizantino. *Alle osservazioni del Riccobono in questo senso si e vivacemente riattaccato* il Biondi, il quale, appunto assume che la categoria delle azioni arbitrarie (=azioni fornite di clausola de restituendo) sia esclusivamente giustiniana». La stessa asserzione si ripete alla n. 1 ed altrove (pag. 158) e nella mente dell'A. assume tutta la forma di un incubo. Ora ad onor del vero debbo osservare che la questione delle actiones arbitrarie è stata impiantata e risolta in quel modo *per la prima volta* da me; se l'A. conosce scrittori che abbiano ciò fatto *prima di me* supplisca alla mia ignoranza ed a quella del SEGRÈ, *Mélanges Girard*, II, pag. 563-574 il quale non ricorda che i miei *Studi*. E la citazione del Riccobono, prova a luce mediana che l'A. non ha letto quelle fugacissime osservazioni che fece il Riccobono recensendo la seconda edizione dell'Edictum del Lenel (in questo *Bullettino*, vol. XX, pag. 101); se lo avesse fatto, si sarebbe accorto che l'illustre Maestro non solo non ebbe alcun sospetto sulla categoria istituzionale delle ac. ar., ma che anzi vagheggiò una soluzione *del tutto opposta* a quella da me data in seguito.

II. L'A. a pag. 142, n. 2, scrive: «il Biondi (*Studi* 24 sg.) ricostruisce appunto: 'in stricti iuris iudiciis post litem contestatam...'»; approva il mio, assunto e dichiara che l'itp. è forse più estesa. Dichiaro che l'errore di ricostruire il testo con quella terminologia bizantina *in stricti iuris iudiciis* non è mio, ma dell'A. Io non ricostruivo il testo, ma mi limitai solo a rilevare che «Papinianò

mente all'argomento contro la classicità della denominazione di *actio arbitraria* per l'*actio de eo q. c. l.* risultante dall'uso anfibologico di tale denominazione¹⁾.

L'A. (pag. 147 e seg.) invoca uno scolio dei Basilici il quale, confrontato col passo delle *Pandette*, «permette di cogliere la opposizione fra il linguaggio classico ed il giustiniano».

fr. 5. D. h. t.

Si heres a testatore iussus sit
certo loco quid dare, arbitraria
actio competit.

Bas. 24, 9, 8 sch. a:

Εἰ δὲ καὶ τις λεγατεύσας τινὶ
πράγμα καλεῖσθαι ἐν φανερῷ τόπῳ κα-
ταβληθῆναι, δύναται ὁ ληγάταριος ἀρ-
βιτραρίως ἔξω τοῦ τόπου τὴν ἐξ τε-
σταμέντου κινεῖν.

Confesso di non comprendere il valore di questo confronto. Paolo parlava di *arbitraria actio* e lo scoliaste, usando la forma avverbiale preferita ai suoi tempi²⁾, parla di *ἀρβιτραρίως κινεῖν*³⁾. Si può dunque da questo confronto inferire qualcosa di più del semplice mutamento della forma grammaticale? Certo che no. Ma non è dello stesso parlare l'A. il quale a questo proposito scrive: «Ma noi comprendiamo facilmente come abbia proceduto l'autore del *κατὰ πόδας*, stretto fra il vecchio testo e la nuova terminologia che gli risuonava all'orecchio: comprendiamo che il giurista aveva scritto '... *potest legatarius adiecto loco alibi ex testamento agere*' e che il traduttore ha creduto far piena ragione alla innovazione giustiniana sostituendo alle parole *adiecto loco* l'avverbio *ἀρβιτραρίως*» (pag. 148).

al luogo di questo binomio posto dai compilatori, probabilmente doveva trattare dei giudizi di stretto diritto diretti alla restituzione di una cosa».

III. A pag. 143, l'A. a proposito della denominazione di *formula arbitraria* per gl'interdetti scrive: «ed è vero che la denominazione di *arbitraria* ha potuto qui derivare, come il Biondi afferma, dalle stesse ragioni per cui si parla di *arbitrum* postulare cioè... dalla originaria impostazione del processo sopra la confessione del convenuto»; Ora io non scrissi né pensai tutto ciò perchè non potevo nascondermi quanto dice Gaio (IV, 163), ma mi limitai ad affermare che la ragione dell'appellativo risiedesse nella nomina dell'*arbitrator* (pag. 10 e sg.).

¹⁾ Né un minimum di anfibologia esiste tra la formula interdittale *quae appellatur arbitraria* e la nostra *actio arbitraria*; diversamente, ma a torto, ARANGIO, pag. 144.

²⁾ Vedi il larghissimo uso di *confessorius* e *negatorius*; cfr. SEGRÉ, op. cit., pag. 539 e segg.

³⁾ Vedi anche in questa stessa materia BAS. 22, 3, 3; sch. 8 (Hb. II, 682).

Tutto ciò può comprendere e può rappresentarsi in questo modo il lavoro dello scoliaste greco chi sia infatuato, come l'Arangio, di una tesi prestabilita, non un indagatore sereno ed imparziale delle fonti.

Le osservazioni dell'A. non valgono dunque ad infondere il benchè minimo sospetto sui testi della compilazione in cui si menziona l'actio arbitraria. E per vero, questo termine, oltre che nel § 33 delle Istituzioni, si trova in taluni passi di indiscutibile classicità contro cui nessun argomento di qualche rilievo ha potuto portare l'A. Così:

Fr. 5. D. h. t.: Si heres a testatore iussus sit certo loco quid dare, *arbitraria actio* competit¹⁾.

Fr. 8 D. h. t.: ...ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso promissore peti debebit, id est ut, si alibi quam Capuae petantur *arbitraria* agi debeat...²⁾.

Fr. 16, 1 D. 13, 5: Sed et certo loco et tempore constituere quis potest, nec solum eo loci posse eum petere, ubi ei constitutum est, sed exemplo *arbitrariae actionis* ubique potest³⁾.

¹⁾ Di fronte all'uso gaiano (IV, 74, 74^a) di competere per azioni pretorie, nessun argomento decisivo contro la classicità del testo riferito può ricavarsi dal fatto che in esso competere è riferito all'actio arbitraria. Del resto, dato che nell'actio arbitraria, quantunque pretoria, si deduceva sempre in giudizio una obligatio civilis (vedi oltre pag. 22 e segg.) forse non doveva apparire improprio ai giuristi il competere.

²⁾ Le osservazioni dell'A. (pag. 156) sulla proposizione «pecuniam peti debebit... ut arbitraria agi debeat» non sono rilevanti; e del resto, la ricostruzione proposta dall'A. contiene sempre lo stesso vizio: vuol dire che quella costruzione non è «inammissibile».

³⁾ L'accusa di improprietà che l'A. (pag. 161) muove all'*ubi constitutum est* non è fondata: questa frase trova pieno riscontro coll'altra precedente *et certo loco... constituere potest*; e l'*ubi constitutum est* per un classico significava, senza dar adito a nessun equivoco, il luogo in cui si doveva pagare non il luogo in cui il constitutum si è conchiuso. Il vero vizio formale del testo, che non è stato neanche avvertito dall'A., è invece questo: se l'atto del costituere è riferito sempre al debitore, è evidente che nella frase «posse eum petere ubi ei constitutum est» l'eum e l'ei non hanno alcun soggetto a cui riferirsi. Ma da questo rilievo non possono trarsi conclusioni affrettate; forse l'eum doveva ricollegarsi direttamente al creditore di cui era fatta menzione in qualche paragrafo precedente cancellato dai compilatori: si noti che il *sed* non sta ora in alcuna connessione col pr.

L'A. (pag. 161) promette uno studio sul constitutum in cui, a quel che pare, intende riesumare la falsa e non mai abbastanza criticata tesi del KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Abhandlungen zum röm. Staats-und Privatrecht*, Abth. II, pagine 200 sgg., 230 sgg. Quando l'A. riuscirà a dimostrare che l'actio in factum de pe-

c. 1 C. 3, 18 (Alex.): Qui certo loco se soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit *arbitraria actione* et in alio loco potest conveniri.

A questi testi si aggiunga lo sch. 1 c. 6 Bas. LX, 10 (Hb. V, 430) in cui Stefano parla di ἀρβιτράριος τύπος con che traduce esattamente il termine latino *formula arbitraria*.

Actio arbitraria si trova poi in testi i quali, o sono completamente fattura dei compilatori (fr. 2 pr., § 8, 4 § 1 h. t.)¹⁾ oppure sono da essi rimaneggiati profondamente (fr. 7, 1 D. h. t.)²⁾. Ma per nessuno di questi risulta che i compilatori abbiano interpolato per alterare la terminologia classica ed inculcare nei testi il termine di actio arbitraria.

Ripeto ancora una volta: se questo era il termine tecnico, non comprendo quale altro termine avrebbero dovuto adoperare i compilatori qualora, interpolando interi tratti, per necessità dovevano menzionare l'azione.

L'alterazione della terminologia, come già rilevai nel mio lavoro (pag. 104), si ha solo nel fr. 4, 1 D. h. t. in cui non si parla più di actio arbitraria, ma di azione che è arbitraria (cum arbitraria sit): mentre per i classici actio arbitraria era una pura e semplice *denominazione*, arbitraria invece per i compilatori diventa una *qualità* dell'azione la quale si riattacca ad una categoria generale di azioni. Solo questa alterazione subì in questa materia il termine actio arbitraria passando dal diritto classico al giustiniano.

4. L'opinione dominante non è dunque scossa dalla critica dell'A. Nel diritto classico esisteva una speciale azione *pretoria*, chiamata actio arbitraria, la quale si fondava però su di una obligatio civilis: l'intentio della formula diceva infatti « Ephesi dare oportere ». La possibilità di un'azione pretoria in cui si deduca una obligatio civilis è forse incompatibile e contrastante coi principi classici? Per ammetterlo bisognerebbe dimenticare tutta una serie di istituti e concetti classici.

cunia constituta non è mai esistita nel diritto classico ma si trattava sempre della condictio certae creditae pecuniae, la questione rispetto al testo in esame sarà risolta in questo modo: mentre il testo classico diceva *arbitraria actione*, i compilatori interpolano « *exemplo arbitrarie actionis* ».

¹⁾ Vedi il mio lavoro rispettivamente pag. 42 e segg.; 44 e segg.; 83 e segg.

²⁾ Vedi il mio lavoro pag. 69 e segg.

Il Pretore accorda l'azione sine noxae deditione nel caso che si in cuius potestate esse dicetur negabit se in sua potestate servum habere (vedi l'editto contenuto nel fr. 21, 2 D. 9, 4): l'obligatio noxalis restava sempre civile¹⁾ e ciò non pertanto l'azione era indiscutibilmente pretoria²⁾. L'actio interrogatoria era un'azione pretoria accordata ex sua responsione, ma comunque si voglia ricostruire la formula³⁾, era sempre una obbligazione od un diritto civile che si deduceva in giudizio. L'obligatio nascente dalla società è civile ma l'actio pro socio accordata dal Pretore in id quod facere potest è pretoria (vedi fr. 22, 1 D. 42, 1). L'obbligazione fideiussoria è civile, ma in base all'epistula divi Hadriani l'azione ex edicto Praetoris (Paul. Sent. I, 20) si divide tra più fideiussori. L'obligatio ex furto è civile ma ciò non impedisce che siano pretorie le azioni furti manifesti⁴⁾, adversus nautas caupones stabularios, e adversus publicanos. Altrettanto si può ripetere per l'actio iniuriarum e fors'anco per l'actio iudicati⁵⁾. Ed altrettanto si può ripetere per il iudicium operarum, come avrà occasione di dimostrare quanto prima. E se un classico avesse voluto poi classificare la vindicatio incertae partis, l'actio cum compensatione dell'argentarius o cum deductione del bonorum emptor, a mio avviso, non avrebbe esitato ad elencarle tra le azioni pretorie.

A questi esempi vanno aggiunti numerosi altri come le c. d. azioni adiecticiae qualitatis e la formula rutiliana, in cui i soggetti dell'azione pretoria non coincidono con quelli dell'obligatio civilis: ma si trattava sempre di azioni pretorie fondate su obbligazioni civili.

Il Pretore iuris civilis corrigendi gratia introduce appunto delle nuove azioni che modificano ora il contenuto, ora le modalità, ora la legittimazione processuale dell'obligatio e relativa actio civilis. Ed è precisamente in questa lunga serie di modificazioni pretorie all'obligatio civilis che bisogna ricomprendere l'actio arbitraria.

Contrasta forse tutto ciò con quella particolare dottrina sull'obli-

¹⁾ Vedi espressamente fr. 26, 2 D. 5, 4 (Paul. 18 ad ed): «electio erit actoris, utrum directo agere velit cum eo qui possidet, an praetoria cum eo qui desit possidere».

²⁾ Cfr. LENEL, *Das Edictum*, pag. 159.

³⁾ Cfr. LENEL, pag. 142 sg.

⁴⁾ Cfr. LENEL, pag. 321.

⁵⁾ Il LENEL, pag. 429, ora, diversamente dalla prima edizione, ammette la formula onoraria solo per i iudicia imperio continentia.

gatio che l'A. ha già promesso di dimostrare in seguito? Non metterebbe conto preoccuparsene poichè a questa dottrina si potrebbero sempre opporre questi dati che risultano dalle fonti; ma in realtà non è così. L'Arangio in quell'interessantissimo lavoro *Le formule con demonstratio e la loro origine*, 1912, a pag. 31, annunciando la sua dottrina sull'obligatio, ammette che « l'obligatio sia un istituto del diritto civile, al quale il Pretore abbia dato come parallelo un elenco di casi in cui, senza obligatio, qualcuno actione tenetur ». Orbene, si ha un actione teneri tanto nel caso che il Pretore introduca ex novo un'azione quanto nel caso che modifichi variamente un'azione civile già esistente. Se poi l'actione teneri non presupponga necessariamente l'obligatio, secondo la nota dottrina perozziana, è questione che dal nostro punto di vista non interessa affatto e la cui risoluzione lasciamo all'indagine ulteriore dell'Arangio.

II.

1. L'A. si occupa estesamente della dottrina materiale dell'istituto la quale, come è noto, si concreta nella valutazione giudiziale dell'interesse loci delle parti. Qui l'A. costringe il lettore a navigare in alto mare, un mare di dubbi, di ipotesi, di contraddizioni.

A pag. 186 l'A. si compiace di « aver dimostrato che la considerazione dell'interesse del creditore è anteriore e prevalente, nello spirito del diritto classico, sopra quella dell'interesse del debitore »; ed è sempre a favore dell'interesse del creditore che, secondo l'A., sarebbe stata modificata la condemnatio della condicio (pag. 188 e seg. e pagina 195). Riguardo all'interesse del debitore, l'A. non solo non esclude che esso possa essere classico, quantunque posteriore a quello del creditore (pag. 181, 186, 190), ma a pag. 187 n. 1 non nega neanche, da un punto di vista puramente logico, che questo interesse del debitore si sia potuto riconnettere nel diritto classico alla plus petitio loco.

Ora l'A. non si è reso troppo conto di queste incaute asserzioni. La tesi dell'Arangio che cioè i classici abbiano imperniato tutto l'istituto sull'interesse del creditore *logicamente* può reggersi sol quando si escluda in modo *reciso* qualsiasi valutazione dell'interesse debitore

e si dimostri *perentoriamente* che il concetto classico della plus petitio loco non stava in alcun rapporto con un eventuale interesse loci del debitore. Se invece l'Arangio nella mente del lettore lascia il dubbio che sia classico l'interesse del debitore e che si sia potuto ricollegare alla plus petitio loco, il lettore, per quanto decisive possano essere le ragioni addotte dall'A., si persuaderà che nel diritto classico *prevalente ed originario* doveva essere proprio l'interesse del *debitore*: poichè, se è vero, come è indubitabile, che l'actio arbitraria, o come vuole l'A., la condictio adiecto loco, fu introdotta per evitare la plus petitio, e se questa era la sua funzione in tutto il periodo classico, è chiaro che l'interesse del *debitore* che con questa funzione si riconnetteva, doveva appunto essere *originario, prevalente, essenziale*.

La tesi dell'A. si sarebbe dunque presentata *logicamente* inattaccabile se egli avesse dimostrato o semplicemente affermato (dal punto di vista della logica l'affermazione sarebbe bastata) che i classici non pensarono mai all'interesse del debitore o, se vi pensarono, non lo ricollegarono nè *potevano* ricollegarlo alla plus petitio.

Ma questa dimostrazione l'A. non ha dato; è vero che egli per non inoltrarsi nella via delle congetture si astiene dal confortare « di buoni argomenti » la tesi che l'interesse del debitore provenga da Giustiniano il quale avrebbe modificato il fondamento classico della plus petitio (pag. 181). Ma quali siano questi *buoni argomenti* disgraziatamente l'A. non dice nè poteva dire.

Se istituto vi è di cui possiamo esser sicuri che le Istituzioni giustinianee ci attestino fedelmente lo stato del diritto classico, esso è certo quello della plus petitio di cui si parla nel lungo § 33 del tit. 6 lib. IV, appunto perchè Giustiniano, come frequentemente nelle Istituzioni per molti istituti, ivi intende dare ai discenti una pura e semplice notizia *storica* premettendola all'esposizione del diritto vigente.

Il passo infatti incomincia in questo modo « si quis agens in intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertinet, causa cadebat... », e si chiude con questa precisa dichiarazione: « sed haec quidem antea in usu fuerant: postea autem... ».

Ed in special modo, per ciò che riguarda la presente questione, attribuire ai compilatori la stima dell'interesse del debitore e la sua

connessione colla plus petitio di cui si parla nel detto § 33 c è impossibile:

a) perchè il § 33 c delle Istituzioni è l'*unico* testo della compilazione in cui si parla del *solo* interesse del debitore; ma Giustiniano sente il bisogno di avvertire poco più avanti che « *haec antea in usu fuerant* »; e, se la logica serve a qualche cosa, anche quando si tratti di un legislatore frettoloso come Giustiniano, ciò esclude che i compilatori abbiano avuto quelle predilezioni per l'interesse del debitore che assume l'A.

b) perchè nel nuovo diritto gli effetti della plus petitio si concretano *esclusivamente* nel pagamento del triplum delle maggiori spese giudiziali ¹⁾.

Ma a parte ciò, possiamo ammettere che il concetto della plus petitio in genere sia stato semplicemente formale in modo che tutto era pienamente a posto se l'intentio della formula era redatta in modo corrispondente al diritto dell'attore? L'A. (pag. 187 n. 1), come si è visto, si è guardato bene dal sostenere una tesi così assurda; nè di fronte a quanto ci dice Gaio per la plus petitio causa (IV, 53 d) - il solo caso di plus petitio che il palinsesto veronese conserva in tutta la sua integrità - quella tesi è sostenibile ²⁾. Per la plus petitio causa è infatti l'interesse subbiettivo del debitore che Gaio mette sempre in rilievo, perfettamente come le Istituzioni giustinianee nel passo corrispondente (IV, 6, 33 d), ed è sempre l'interesse del debitore che mette in rilievo Ulpiano nel fr. 2, 2 D. h. t.: « non debet detracto altero loco experiri *ne auferat loci utilitatem reo* ».

E se i classici avessero avuto un concetto tutto formale della plus petitio, è chiaro che non avrebbero potuto fare alcuna differenza tra il plus ed il minus petere.

L'Arangio, come già il Beseler, assume che l'adiectio loci nel-

¹⁾ Vedi il § 33-c; e su ciò il mio lavoro, pag. 28 n. 1.

²⁾ L'A. (pag. 187, n. 1) tenta liberarsi dal confronto molesto cogli altri casi di plus petitio ammettendo che in questi « il creditore è *sempre* materialmente ^(*) in colpa ». E che? L'erede che opina falsamente di essere erede *ex asse* ed esercita la vindictio in toto, oppure, ignorando l'adiectio temporis in una stipulatio conclusa dal de cuius, agisce prima, è forse sempre in colpa? Per il testo di Gaio L'ARANGIO, loc. cit., non esita neanche di appigliarsi alla extrema ratio della sua alterazione postclassica; ma su questa congettura l'A. dichiara di non insistere.

l'intentio fosse sufficiente ad evitare la plus petitio. Giustissimo: il creditore che agiva con questa intentio « si paret decem *Ephesi* dare oportere » non incorreva nella plus petitio. Ma una formula simile cioè colla semplice adiectio loci nell'intentio, senza che nella condemnatio si tenesse conto esplicitamente od implicitamente dell'interesse del debitore, ma invece si tenesse conto *solo* dell'interesse del creditore, come vuole l'A., ad un Pretore o giurista classico doveva fare la stessa impressione di una formula di questo tenore: « si paret *quinque* dare oportere... *decem* condemna » oppure « si paret *decem aut Stichum* dare oportere... *decem* condemna » o di quest'altra « si paret *kalendis januariis* decem dare oportere... *decem* condemna » qualora l'attore avesse agito prima delle Kalendae janariae. E si badi che in tutte queste formule, come ci dice espressamente Gaio (IV, 57), l'attore non incorreva nella plus petitio; soltanto il convenuto « iniquam formulam acceperit ».

Dunque l'adiectio loci nell'intentio bastava ad evitare la plus petitio loco; ma alla modifica dell'intentio doveva necessariamente corrispondere la modifica della condemnatio. Nè per la tesi contraria si può argomentare dal fr. 22 D. 12, 1 e dal fr. 4 D. 13, 3.

D. 12, 1, 22, (Iul. 4 ex Min.): Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si dictum non esset, quanti tunc fuisset [esset *dett.*] cum petitum esset. interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat. respondit, *si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.*

D. 13, 3, 4 (Gai 9 ed. prov.): Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum oleum frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit: si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. *idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit, si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur.*

L'Arangio (pag. 132 e segg.), aderendo e portando alle sue ultime conseguenze una errata tesi del Beseler, da questi testi argomenta che la condemnatio della condictio certae rei non fosse mutata nel caso di esercizio dell'azione alibi; per la stipulatio di dare una certa

res la semplice adiectio loci nell'intentio sarebbe stata sufficiente ad evitare la plus petitio.

La deduzione è falsa ed esorbitante. L'Arangio, come già il Beseler, confonde la stima obbiettiva della res coll'interesse loci. Il giudice che, dovendo stimare in denaro la prestazione di una certa res, prende come base il prezzo che ha la derrata nel locus solutionis non prende con ciò in considerazione *nessun interesse* delle parti nè dell'attore nè del convenuto, nello stesso modo che se oggi un tedesco promette di pagare 100 Mk., convenuto in Italia e condannato a pagare lire 124, il giudice con ciò non ha affatto valutato l'interesse dell'attore. E per vero, chi legge i testi delle Pandette si persuade facilmente che l'interesse loci delle parti non è la pura e semplice rei aestimatio: comprende tutte le utilità e tutto il risarcimento dei danni causati dal dover pagare od accettare il pagamento in un luogo diverso da quello stabilito. La aestimatio obbiettiva della res è il presupposto necessario di qualunque condanna e quindi anche di qualsiasi valutazione d'interesse: il giudice che deve valutare l'interesse loci dell'attore o del convenuto, dovrà innanzi tutto stimare in denaro la certa res dedotta in giudizio. Ed appunto di questa stima obbiettiva della res che trattano Sabino e Giuliano nei testi riportati: la questione se l'attore potesse agire alibi e con qual mezzo processuale era completamente straniera all'ordine di idee dei giuristi¹⁾, come ad essi era straniera la questione se l'attore potesse agire prima del dies I giuristi si limitano a dare delle norme al giudice per la rei aestimatio, sia in ordine al tempo che allo spazio: norme le quali valevano tanto per la condictio pura e semplice che per l'actio arbitraria.

Del resto, l'assunto del Beseler e dell'Arangio che cioè per l'obbligazione di dare una certa res non si applicasse l'actio arbitraria, come ebbi a rilevare²⁾, è apertamente contraddetto dai testi i quali parlano sempre in genere di dare oportere e specialmente dal fr. 3 D. h. t. (Gai ad ed. prov.) in cui a proposito tanto della certa res che

¹⁾ I due testi sono talmente imperniati sulla semplice aestimatio rei che ha l'aria di una intrusione la proposizione «et locus in intentione adiectus est» che l'ARANGIO, pag. 133 n. 2, nel fr. 22 mette tra «ut certo loco redderetur» e «quanti eo loco esset».

²⁾ Pag. 18 sgg.

della certa pecunia si dice: «*in arbitrium iudicis refertur haec actio*»¹⁾.

2. Venendo ora ad osservazioni più specifiche, possiamo rilevare che l'interesse del debitore in tema di plus petitio loco è sempre vivo ed operante nel pensiero dei giuristi classici. Ma dei testi in cui se ne parla l'Arancio ha fatto giustizia sommaria.

Così il famoso passo delle Istituzioni (IV, 6, 33 c) che è bene qui riferire per intero:

Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit: verbi gratia si is, qui ita stipulatus fuerit 'Ephesi dare sponders?', Romae pure intendat dari sibi oportere, ideo autem plus petere intellegitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione: propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino oleo frumenti, quae per singulas regiones diversa habent pretia: sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub isdem usuris fenerantur. si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam praetor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori.

Il testo è senza pecca; ed i rilievi fin qui fatti escludono ogni motivo di sospetto²⁾. E poi, chi abbia per poco familiarità col processo giustiniano dovrebbe guardarsi bene dall'attribuire ai compilatori un tratto di questo tenore: «quia utilitatem... adimit ei pura intentione». L'A., a favore della supposta interpolazione, osserva (pag. 177) che nelle Istituzioni Gaio adopera la parola *utilitas* solo quattro volte e sempre nel senso di utilità obbiettiva. Questo rilievo, in sè e per sè tutt'altro che decisivo, avrebbe qualche peso: a) se il tratto di Gaio relativo alla plus petitio loco nel palinsesto veronese non fosse lacunoso; b) se per la plus petitio causa Gaio

¹⁾ Haec condemnatio: ARANCIO, pag. 193.

²⁾ Qualche intrusione è di secondaria importanza; così l'«idque etiam praetor monstrat» è una sciatta glossa come rileva il NABER, *Mnemosyne*, vol. XXX, pag. 320, n. 8.

(IV, 53 *d*) non avesse adoperato l'aggettivo *utilis* nello stesso senso dell'*utilitas loci* in tema di *plus petitio loco*: «aliquem petat, velut Stichum, quamvis *utilissimum*»; c) se l'equivalenza di *utilitas* a *id quod interest*, all'infuori della presente materia, non fosse attestata dalla giurisprudenza classica da Nerazio ad Ulpiano in testi insospettabili come 14 D. 2, 11; 9, 8 D. 10, 4; 11, 18 e 21, 3 D. 19, 1; 4, 7 D. 39, 2; 1, 5 D. 43, 4; 81, 1 D. 45, 1; 81 D. 50, 16.

E la stessa parafrasi greca *prova* la classicità del passo Teofilo, come si è visto, faceva sempre questione di agere adiecto loco o no; e scriveva che il creditore agendo alibi «μνήσῃς μὴ γινομένης τῆς Ἐφέσου, εἰσάγεται plus petition. ἀφαιροῦμαι γὰρ τὸ διαφέρον καὶ τὸ κέρδος, οὐπερ ἤμελλε τυγχάνειν ὁ ἐπερωτηθεὶς, εἰ κατέβαλεν ἐν τῇ Ἐφέσῃ».

L'andamento della parafrasi qui coincide perfettamente con quello delle Istituzioni. La proposizione greca «εἰσάγεται plus petition. ἀφαιροῦμαι γὰρ τὸ διαφέρον» è equivalente a quella delle Istituzioni «plus petere intelligitur *quia* utilitatem quam habuit promissor ... admit», L'Arangio, invece, a scopo polemico, rompe in due il passo della parafrasi, attribuendo il primo tratto fino a *petition* al pensiero classico, il seguito al giustiniano, e riesce così a rappresentarsi in modo del tutto drammatico il lavoro di Teofilo¹⁾.

Gli altri testi che mettono in rilievo *solo* l'interesse del debitore, o *solo* questo presuppongono, l'Arangio, o non menziona affatto, o fa loro seguire la stessa sorte del passo delle Istituzioni.

Così il fr. 15 D. 16, 2 (Iav. lib II epist.) che nella sua connessione originaria si riferiva alla *compensatio* dell'*argentarius*²⁾:

Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum: is petit a me quam ei debeo pecuniam: quaero, an hoc quoque pensandum

¹⁾ Vedi pag. 180: «Teofilo ha tenuto presente il testo originario, dal quale anche la commissione delle istituzioni aveva attinto: salvo che, invece d'inserirvi i richiami all'interesse del debitore e la nuova denominazione dell'a. arbitraria, lo ha trascritto così com'era, limitandosi a qualche delucidazione ritenuta necessaria alla cupida legum iuventus. Solo a questo punto egli si accorge di essersi posto in qualche contraddizione col manuale ufficiale, e inserisce anche nella parafrasi la menzione dell'interesse del debitore». Nelle stesse situazioni tragiche è costretto altrove l'A. a raffigurarsi l'attività di Teofilo (pag. 147, n. 1) ed in genere degli interpreti greci (pag. 148, 162) a sostegno di una tesi preconcelta. Ora i noti rilievi del Riccobono su questo punto, se hanno aperto una nuova strada per la ricostruzione del diritto classico, hanno anche consigliato la massima prudenza.

²⁾ Per le citazioni vedi il mio lavoro, pag. 29, n. 1.

sit, quanti mea interfuit certo loco dari, respondit: si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa, id est ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit pecuniam dari.

L'A. (pag. 176, n. 2) per questo testo mette avanti le seguenti due ipotesi, per lui egualmente possibili, ma pur dando la preferenza alla prima:

a) il testo genuino nella fine doveva dire solo così: «in compensationem deduci oportet, [sed] cum sua causa [id est ... dari]».

b) nell'ultima frase i compilatori avrebbero corretto *Titii* al luogo di *mea* del testo genuino.

Accettando la prima ipotesi, Giavoleno avrebbe reso un bel servizio al suo cliente rispondendogli che il credito poteva compensarsi *cum sua causa*. Il cliente dopo questo responso ne avrebbe saputo meno prima; nè Giavoleno poteva cavarsela così a buon mercato dal momento che si trattava appunto di quella *plus petitio* in cui incorre l'*argentarius* se «facta compensatione *plus nummo uno* intendat».

Accettando la seconda ipotesi, con quel *mea* si continuerebbe a far parlare nel responso di Giavoleno ancora il richiedente!

Ora in qualunque modo si voglia spiegare la non rispondenza del responso alla quaestio - nel mio lavoro ¹⁾ pensai ad una glossa nella quaestio, ora inclinerei a ritenere la quaestio integra ammettendo che Giavoleno non si curi neanche di rilevare l'eresia della domanda del cliente - questo è *certo*: al tempo di Giavoleno i giuristi nella causa crediti rispetto ad una obbligazione di dare in un certo luogo, includevano *solo* l'interesse del debitore.

In altri testi, che l'A. passa sotto silenzio, è sempre *solo* l'interesse del debitore che si presuppone ²⁾. Nel fr. 5 pr. D. 13, 6 Ulpiano per l'*actio commodati in factum* ci dice:

¹⁾ Pag. 31.

²⁾ Debbo qui confessare che nel mio lavoro a torto citai in questo senso il fr. 2, 2 D. h. t. ed il fr. 27 D. 12, 6. La motivazione del primo «ne auferat loci utilitatem reo» è da riferire alla *plus petitio causa*; ma ciò non pertanto, essa è per noi meno interessante giacchè qui abbiamo la prova che i giuristi si preoccupano sempre dell'interesse loci del debitore sia pure in tema di *plus petitio causa*. Nè di fronte a quanto risulta da Gaio (IV, 53 d) e dalle Ist. di Giustiniano, può provarsi l'avviso dell'A. (pag. 176, n. 1) di sostituire loci electionem a loci utilita-

Si ut certo loco vel tempore reddatur commodatum convenit,
officio iudicis inest ut rationem loci vel temporis habeat.

La questione qui trattata, come l'altra del fr. 7 D. h. t. che nella redazione attuale parla in genere di bonae fidei iudicia ma che forse in origine si riferiva all'actio depositi in factum (Longo) od all'actio empti (Arangio), si riconnette evidentemente alla plus petitio loco ¹⁾; ed il rationem loci habere non può, pertanto, alludere che all'interesse del debitore ²⁾.

A questo testo, come già feci nel mio lavoro, bisogna aggiungere il fr. 3 D. h. t. (Gaio IX ad ed. prov.):

Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini olei frumenti: pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris.

Che rilevanza ha per il creditore il fatto che il denaro sia dato in prestito in alcuni luoghi *facilius et levibus usuris* ed in altri *difficilius et gravibus*?

Tutto ciò ha importanza invece *esclusivamente* per il debitore: i giuristi che vivono in una società in cui la circolazione della moneta doveva essere ben diversa da quella di oggi, si preoccupano della situazione del debitore il quale, dovendo pagare ex iudicato nel locus actionis, è costretto a farsi prestare ivi del denaro sub gravibus usuris, mentre nel locus solutionis l'avrebbe ottenuto facilmente sub levibus usuris. E Teofilo appunto porta questo esempio di interesse del debitore. Anche per questa via si riesce a confermare appieno la classicità dell'interesse del debitore contenuto nel passo delle Istituzioni, in cui in termini identici si rileva la differenza del tasso delle usurae tra il locus actionis ed il locus solutionis.

tem: auferre si adatta forse meglio ad utilitas che ad electio. Riguardo al fr. 27, a torto riferii all'interesse del debitore la motivazione « non enim existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur ».

¹⁾ Cfr. GAIO, IV, 54, 60-61.

²⁾ Non è improbabile che sia itp. il *vel tempore* e *vel tempore* giacchè mi sembra difficile che Ulpiano abbia accomunato due ipotesi sì diverse. Forse il giurista commentando la condemnatio della formula trattava separatamente delle due ipotesi le quali dai compilatori, seguendo un procedimento a loro caro, furono unificate in unico contesto.

Queste precise e concordi attestazioni dei giuristi sono confermate da un passo di Eusebio (homilia XI de pascha) che io citai nel mio lavoro :

... loco si alibi forte sibi debitum solvi improbus foenerator extorserit, quam ubi causatio designabat.

L'A. (pag. 190) fa suoi i risultati della critica più recente che attribuisce la paternità delle omelie ascritte ad Eusebio, vescovo di Emesa dal 341 al 359 d. Cr., ad uno o più oratori gallici del sec. v ¹⁾; e comunque, accusa l'autore di aver capito poco della plus petitio classica. Ma se l'A. avesse letto tutto il tratto dell'homilia, si sarebbe guardato bene dal lanciare simili accuse tanto recise quanto comode; perchè si sarebbe accorto che l'autore dell'homilia ci riferisce tutto il meccanismo classico ed i singoli casi di plus petitio con una precisione degna di un giurista ²⁾; è certo pertanto che egli dovette attingere quelle nozioni a qualche libro giuridico; nè va dimenticato che, come risulta dalla Consult. V, 4-5 ³⁾, nel sec. v in Francia era ancor vivo il meccanismo classico della plus petitio. Dunque Eusebio, o chi per lui, non rappresenta l'oscuro ed ignorato precursore della sapiente riforma legislativa che Giustiniano a Costantinopoli doveva compiere due secoli dopo.

Il risultato di questa disamina è che dell'interesse del debitore e della sua connessione colla plus petitio loco si hanno attestazioni dirette ed indirette financo nella compilazione giustiniana. E mentre l'Arangio non ha potuto citare *un sol testo* in cui si manifestino in maniera *evidente* le simpatie dei compilatori per l'interesse del debitore ⁴⁾, le loro simpatie invece per l'interesse del creditore si tradi-

¹⁾ Vedi JÜLICHER, *Real-Encycl.* VI, pag. 1441.

²⁾ Riporto qui il passo secondo l'edizione contenuta nella *Maxima Bibliotheca veterum patrum*, tom. VI, Lugduni. 1677, pag. 643: « nam sicut in negotiis gerendis quattuor modis homo causa cadere dicitur, id est quattuor modis plus petendo subire periculum pro iuris ratione perhibetur: quibus quattuor? id est loco, tempore, genere, quantitate: loco si alibi forte sibi debitum solvi improbus foenerator extorserit. quam ubi causatio designabat: tempore si citius: quantitate si amplius: generis si alterius rei ac melioris materiae mercem quam scriptura continebat, exegerit ».

³⁾ Sull'origine e la data della Consult. vedi ora KRUEGER, *Geschichte der Quellen* ², pag. 347.

⁴⁾ Per vero l'A. (pag. 181) invoca in questo senso il fr. 8 D. h. t. e la c. 1 C. 3, 18. Per il fr. 8 scrive che « quelle che stonano sono appunto le parole che a

scono palesamente in molti testi che io già dimostrai interpolati e la cui interpolazione accoglie pienamente l'Arangio.

Fr. 2, 7 D. h. t.: atque ideo posse peti quod interest ... et ideo quod interest solum petendum¹⁾.

Fr. 2, 8 D. h. t.: itaque utilitas quoque actoris veniet ... quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum²⁾.

Fr. 4, pr. D. h. t.: Quod si Ephesi petetur [*ipsa sola summa petetur nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenit*]³⁾.

E dalla stessa tendenza è determinata l'itp. del fr. 4, 1 D. h. t. da me rilevata⁴⁾ ed accettata ora da P. Kruger e dall'Arangio (pag. 158, n. 1).

Dunque, tirando le somme, mentre per l'interesse del debitore non risultano in alcun modo le simpatie bizantine, anzi da vari testi è lecito arguire tendenza avversa⁵⁾, queste simpatie sono manifeste

questo interesse (cioè del debitore) alludono»; ma anche accogliendo l'interpretazione che dà l'A. di questo testo (pag. 171 sgg.) e che come si vedrà è inaccettabile, non mi pare che l'interesse del debitore costituisca una stonatura. Per la c. 1 l'A. assume che ivi si doveva parlare solo dell'interesse dell'attore perchè «è appunto l'attore quello che solo può avere interrogato l'imperatore»; sta bene: ed appunto perciò Alessandro rescrive *potest conveniri*. Si noti poi che in qualche testo, come il fr. 2 pr. D. h. t., la cui integrale provenienza bizantina è ammessa dopo di me anche dall'A. (pag. 159), i compilatori, trattando ex professo dell'interesse loci, difficilmente non avrebbero tradito le loro simpatie per l'interesse del debitore; invece ivi si parla di *utriusque utilitatem*.

¹⁾ BIONDI, pag. 69 sgg.; KRUEGER, *Addenda*, ad. h. l.; ARANGIO, pag. 174.

²⁾ BIONDI, pag. 46 sgg.; KRUEGER, ad. h. l.; ARANGIO, pag. 154, 185.

³⁾ Nel mio lavoro, pag. 76 sg. rilevai l'itp. solo da *nisi si quid*; e giustamente l'A. (pag. 175) mi obietta che anche le parole *ipsa sola summa petetur* sono allusive all'interesse del creditore. Io per vero ammihi che queste parole fossero equivalenti in sostanza a quanto è detto nelle Istituzioni, IV, 6, 33 c in fine: «si quis tamen Ephesi petat... *pura actione recte agit*». Ma ora escludo che Ulpiano abbia usato quella espressione inesatta per significare questo concetto: a mio avviso *ipsa sola summa petetur*, come tutto il seguito, è interpolato perchè mi pare impossibile che un giurista classico abbia scritto «quod si Ephesi petetur *ipsa sola summa petetur*; il testo genuino probabilmente doveva dire «quod si Ephesi petetur, *pura actione recte agetur*».

⁴⁾ Pag. 83 sg.

⁵⁾ Ciò si deduce da varii elementi. Il § 33 delle Istituzioni è l'unico che tratta del solo interesse del debitore; ma poco dopo i compilatori soggiungono che tutto ciò non è più diritto vigente. Per il fr. 2 § 8 il risultato minimo, e su cui non può esser dubbio di sorta, è che i compilatori eliminarono completamente la trattazione dell'interesse del debitore: vedi il mio lavoro, pag. 47.

per l'interesse del creditore. E questa è una constatazione sicura rispetto a quei testi in cui la mia esegesi coincide con quella dell'A.

Procediamo oltre. Per due testi della compilazione abbiamo la *prova* che il passo genuino doveva parlare *esclusivamente* dell'interesse del debitore: e cioè per la prima parte del fr. 2 § 8 h. t. e per la prima parte del fr. 8 h. t.

Il fr. 2 § 8 nella compilazione è così concepito:

Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitatis contractus debeat servire an vel excedere vel minuire quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur.

Riporto la ricostruzione da me data nel mio lavoro e quella di Arangio:

Biondi (pag. 45):

Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum [quantitatis contractus debeat servire] servare (Ulp.) an [vel excedere vel] minuire quantitatem intentionis (Ulp.) debeat, ut si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur ratio eius haberetur. [Iulianus...].

Arangio (pag. 185):

Nunc de officio iudicis huius formulae loquendum est, utrum quantitatis contractus debeat servire an [vel] excedere [vel minuire] quantitatem debeat, [ut si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur ratio eius haberetur]. et Iulianus Labeonis opinionem secutes etiam actoris habuit rationem cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere et rell.

La scelta fra le due ricostruzioni non è difficile per le seguenti ragioni:

a) checchè ne pensi in contrario l'Arangio¹⁾, è inconcepibile che Ulpiano abbia scritto « Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem » senza che prima si fosse parlato in un modo

¹⁾ L'osservazione (pag. 186) che cioè l'*etiam* contrapporrebbe « la considerazione dell'interesse dell'attore a quella della mera quantitas contractus e significherebbe elegantemente (!!) che il giudice deve tener conto oltre che di questa anche di quello » poté sfuggire all'Arangio solo in un momento di entusiasmo per la sua tesi. Egli ha dimenticato che il testo dice *etiam* ACTORIS!

qualsiasi del debitore; l'*etiam actoris* suppone *inevitabilmente* la precedente menzione del debitore;

b) la ricostruzione dell'A. mantiene quella impossibile frase «quantitati contractus servire» che non mi sento in grado di attribuire ad Ulpiano ¹⁾, e quella pesante e sconnessa proposizione «quantitati contractus debeat servire an excedere quantitatem debeat»;

c) la frase *eo loci* che si trova in quel tratto ritenuto itp. dall'A. è tanto caratteristica di Ulpiano ²⁾, quanto del tutto straniera al vocabolario di Giustiniano ³⁾.

d) la ricostruzione da me proposta risulta *provata* dai Basilici (XXXIV, 9, 2, 8; Hb. IV, 45):

Ἐάν διαφέρῃσαι τῷ ἐναγομένῳ καταβαλεῖν ἔνθα συνέδοξε καὶ μὴ ἔνθα ἐνέγεται μειοῦται τὸ ἐπερωτήθην πόσον.

La seconda parte del testo fu da me ritenuta completamente fattura triboniana; ed in ciò concorda anche P. Krueger (ad h. 1); ma l'A. non ritiene sufficienti gli argomenti da me addotti e ricostruisce il testo (pag. 185) in questo modo:

Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere: [*itaque utilitas quoque actoris veniet*]. quid enim si traiecitiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena pecuniam debebat vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa [*mora tua*]? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? [*in hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum*]. quid si merces solebat comparare? an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem.

La ricostruzione proposta è davvero interessante perchè l'A. ha saputo finalmente trovare quel soggetto dei verbi *dederit*, *receptu-*

¹⁾ Per l'uso di servire in questo senso l'*Heumanns Handlexicon*, oltre il fr. 2 s. 8, registra questi due passi: fr. 6 pr. D. 1. 1 che è già noto per guasti sofferti (cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, I, pag. 66, n. 1; LONGO, *Rend. Ist. Lomb.*, vol. XL, pagine 633 sgg.) e fr. 1, 20 D. 14, 1 che nel tratto «an vero *exemplo* tributoriae *debitus*? in re *igitur* dubia *melius est* verbis edicti servire» è oltremodo sospetto.

²⁾ Cfr. KALB, *Roms Iuristen*, pag. 124; e ciò rilevai nel mio lavoro pagina 44, n. 2.

³⁾ Le costituzioni latine di Giustiniano con la voce *locus* occupano una intera pagina del *Vocabolario* del LONGO: e mai si trova la frase *eo loci*.

rus, *debebat*, *solebat* che io invano cercavo; e questo è... *Iulianus*! Altri indizi formali di non poco rilievo io aggiungevo: *quid enim si*, la inesatta frase *habere rationem actoris* quando Ulpiano poco prima aveva scritto correttamente *ratio eius* (cioè dell'interesse) *haberetur*, il cambiamento della costruzione da personale in impersonale *debebat* e poi *debebatur* e di nuovo *solebat*. Soprattutto insistevo nel fatto che il testo sostanzialmente e formalmente non è che la riproduzione del notissimo fr. 3 D. 12, 3 la cui itp. è stata rilevata già sin dal Fabro; l'A. (pag 183 n. 1) per vero chiama questa corrispondenza « piuttosto vaga »; ma giudichi il lettore:

fr. 2, § 8:

... *quid enim si traiecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua?*...

fr. 3, D. 12, 3:

... *quid enim si, sub poena pecuniam debuit? aut sub pignere, quod quia deposita ei adnegato est, distractum est?*

A favore dell'itp. non mancai di invocare anche per questa seconda parte, il prezioso aiuto del passo dei Basilici; come si è visto, l'Anonimo nella prima parte con eleganza tutta classica parla solo dell'interesse del debitore; segue poi un periodetto con cui si chiude il passo: « καὶ ὑπὲρ τὸν νόμιμον τόκον, οὐ γὰρ μόνης ζημίας, ἀλλὰ καὶ κέρδους ἀπαιτεῖται διαφέρον [et ultra legitimum modum usurarum, non enim solius damni sed etiam lucri ratio habetur in petendo eo quod interest] ». Come si vede, l'interprete greco traduce ad literam le ultime parole del testo latino ma non avvertì che queste si riferivano all'interesse del creditore mentre prima il testo aveva parlato solo del debitore e che pertanto il *Kai* non poteva unire trattazioni sì disparate. Negare ora che la summa dell'Anonimo contenga due strati diversi, il primo rispondente al testo classico, il secondo appiccicato in epoca posteriore, è negare l'evidenza.

Dunque sul testo da *Iulianus* in poi forti ragioni di sospetto si accumulano, e se non vi fossero gravi elementi sostanziali per ammetterne la classicità, un critico il più scettico non dovrebbe esitare ad annoverare questa interpolazione fra le più sicure. Ma della sostanza mi occuperò da qui a poco.

Un altro testo in cui si ha la prova testuale dell' interpolazione dell' interesse del creditore è il fr. 8 D. h. t. confrontato col passo dei Basilici.

Mentre il testo latino nella sua prima parte dice « arbitraria agi debeat lique tanti aestimetur, quanti *eius vel actoris* interfuerit » la summa dell' Anonimo (Bas. XXIV, 9, 8; Hb. III, 45) dice invece: « Ἐάν ἐγγυητής ἀπὸ τῆς ἀρbitραρίας ἐνάγῃται, σκοπεῖται καὶ αὐτὸν καὶ τοῦ προπορεύοντος τὸ διαφέρον ».

L' interpolazione di *vel actoris* è ammessa anche dal Segrè¹⁾ ma negata dall' Arancio il quale è d' avviso che sia stato l' Anonimo a sopprimere addirittura l' interesse del creditore che doveva trovarsi nel testo genuino²⁾. Ma questa ipotesi logicamente potrebbe reggersi sol quando fosse dimostrata la tendenza bizantina contraria all' interesse del creditore e favorevole al debitore; ma, come si è visto, è sempre a favore del creditore che le simpatie bizantine si manifestano.

3. L' A., piuttosto che su esplicite dichiarazioni testuali, fonda la sua tesi ammettente la esclusività o per lo meno la prevalenza dell' interesse del creditore nel diritto classico, su questo argomento. In qualche testo³⁾ si afferma il principio che il creditore può rifiutare il pagamento fatto in un luogo diverso da quello stabilito e che la fideiussione fatta con adiectio loci, mentre la stipulazione principale era pura, è nulla perchè in *duriorem causam*. Ora, secondo l' A. (pag. 168), « queste dichiarazioni possono avere un significato soltanto quando si ammetta una valutazione dell' interesse dell' attore nella condanna dell' azione adiecto loco... un creditore sensato rifiuterà invece il pagamento soltanto quando possa sperare che un processo gli procuri di più; e un giurista sensato affermerà soltanto allora la facoltà di rifiutarlo ». Questo è l' argomento che porta l' A. ad ammettere come nn domma la valutazione dell' interesse del creditore. Ma vediamo se l' illazione che l' A. trae da quel principio affermato nelle fonti sia giustificata.

Debbo anzitutto correggere una svista in cui incorre l' egregio col-

¹⁾ *Mélanges Girard*, vol. II, pag. 566, n. 2 in fine.

²⁾ Pag. 171.

³⁾ Fr. 9 D. h. t.; 16. 1 D. 46, 1; fr. D. 2, 7 D. h. t. Il fr. 122 pr. D. 45, 1 ricordato dall' A. (pag. 169) non ha niente a che fare colla presente questione. La c. 9 C. 8, 43 è con tutta probabilità itp. nella chiusa « sed ita demum. . celebrata ».

lega di Messina. Questi scrive (l. c.): « il fideiussore adiecto loco sarà in duriorem causam, *non perchè il creditore potrà respingere il pagamento in altro luogo, ma perchè* intentando l'azione potrà in ultima analisi evincere a lui fideiussore una *somma maggiore di quella dedotta nell'obbligazione principale*. Secondo la dottrina del Biondi la fideiussione con adiectio loci sarebbe in levioerem causam e quindi perfettamente legale ». Ma l'A., nella fretta della critica demolitrice, non ha avvertito che Giuliano nel fr. 16, 1 D. 46, 1 da lui citato diceva proprio così: « qui certo loco dari promisit, aliquatenus duriori conditioni obligatur, quam si pure interrogatus fuisset: nullo enim loco alio, quam in quem promisit, solvere invito stipulatore potest, *quare* si reum pure interrogavero et fideiussorem cum adiectione loci accepero, non obligabitur fideiussor ». E d'altronde, è inesatto parlare, come fa l'A., per l'obligatio del fideiussore di plus o di minus: il fideiussore che promette di pagare certo loco mentre l'obligatio principale era pura, qualunque sia il contenuto dell'actio arbitraria, non promette nè plus nè minus, giacchè tanto l'interesse del debitore come quello del creditore, come ammette lo stesso Arangio, non sono in obligatio; così Giuliano nel § 2 dello stesso frammento dichiara nulla la fideiussione di dare Ephesi mentre il debitore principale aveva promesso Capuae, non perchè Ephesi dare sia un *plus* di dare Capuae, ma decide che « perinde non obligabitur fideiussor, ac si reus sub conditione promississet, fideiussor autem in diem certam vel pure promississet »¹⁾; nello stesso modo che il medesimo Giuliano (fr. 98, 6 D. 46, 3) per la stipulatio « mihi Romae aut Ephesi Titio » scrive che « *diversa* facta sunt » e « *diversa* res est ». L'obligatio adiecto loco non è dunque mai nè un *plus* nè un *minus* dell'obligatio pura.

Quindi la decisione in materia di fideiussione si riconduce al principio generale per cui il debitore non può prestare alibi invito stipulatore.

Da questo principio, come si è visto, l'A. deduce che l'actio arbitraria doveva necessariamente considerare l'interesse del creditore.

1) Confesso di non arrivare a comprendere l'esegesi che di questo testo dà l'ARANGIO, pag. 168, n. 2: « Giuliano considera la normale (?) esplicazione dei rapporti: il creditore sarà più facilmente spinto ad escutere il fideiussore, per non esser costretto a perder tempo nè a tentar l'alea (?) dell'arbitrium iudicis ». Perchè parlare di alea dell'arbitrium iudicis, quando questo, secondo la dottrina dell'A., non aveva altra funzione che garantire l'interesse del creditore ?

Mi sia lecito innanzi tutto osservare che questa conseguenza dal principio esposto deducono non i classici ma i compilatori. Così nel fr. 2, 7 D. h. t.: «... si alibi Titio solvatur... Iulianus scribit liberationem non contigisse [*atque ideo posse peti quod interest*]... in nihilum liberaretur... [*et ideo quod interest solum petendum*] » in cui i tratti in parentesi furono da me dichiarati interpolati e l'interpolazione, come ammette l'A., non consente discussioni¹⁾. E questa connessione nel pensiero dei bizantini si coglie appieno ove si consideri che i compilatori, spostando la ritmica successione delle tre masse bluhmiane, tra il fr. 8 ed il fr. 10 h. t. che trattano ex professo dell'interesse del creditore, vollero inserire il fr. 9 estratto dal lib. XLVII di Ulpiano ad Sabinum - un libro da cui essi erano ancora ben lontani - nel quale appunto si afferma il principio che « is qui certo loco dare promittit nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest ».

Pertanto il dubbio che l'A., argomentando da questo principio, abbia saputo cogliere appieno il processo logico dei compilatori nell'introdurre l'interesse del creditore è pienamente legittimo. Ma vediamo se i classici abbiano potuto ragionare così come vuole l'A., e se è vero che un giurista classico poteva negare al debitore di pagare alibi invito stipulatore sol quando il creditore nell'actio arbitraria avesse potuto avere piena ragione del suo interesse.

Dalla struttura formale della stipulatio di dare certo loco discendono direttamente senza dubbio due conseguenze:

- a) il debitore non può prestare alibi invito stipulatore;
- b) il creditore non può pretendere alibi la prestazione.

La prima è dichiarata nei testi da cui argomenta l'A.; la seconda nei testi che riflettono la plus petitio loco. Questi principî sono modificati notevolmente dall'introduzione dell'actio arbitraria. Il debitore viene costretto a pagare alibi perchè l'obligatio indicati ha per locus solutionis il luogo dell'azione²⁾; ed il creditore a sua volta è costretto ad accettare alibi il pagamento. Dunque, a fil di logica, i due interessi delle parti dovevano presentarsi contemporaneamente

¹⁾ Pag. 174. Non capisco però come l'A., accettando queste itp. possa asserire che « il testo depona in favore della valutazione dell'interesse del creditore » (pag. 175).

²⁾ Vedi il mio lavoro, pag. 14.

ai giuristi ed al Pretore; l'affermazione dell'Arangio, che l'adiectio loci nella stipulatio sia *sempre* fatta a favore del creditore, è smentita dalla pratica quotidiana del commercio, e soprattutto dal fatto che nell'esercizio dell'azione alibi i classici vedevano un caso di *plus petitio*: se fosse vero, come dice l'A. (pag. 189), che « chi paga in luogo diverso da quello stabilito paga normalmeate *meno* », nel diritto classico l'ipotesi di esercizio dell'azione alibi si sarebbe riguardata come un caso di *minus petitio*.

Ma se da un punto di vista astratto ai classici doveva presentarsi parallelamente tanto l'interesse del creditore quanto quello del debitore, una considerazione molto ovvia impediva ad essi di tener conto dell'interesse del creditore. Il convenuto alibi era costretto a pagare ex iudicato nel locus actionis e da ciò il bisogno della considerazione del suo interesse. Ma per il creditore, il quale spontaneamente agisce alibi, non si può dire che sia *costretto* ad accettare alibi il pagamento: suppongasi che il debitore non sia in colpa a pagare nel locus solutionis; ora in tal caso l'azione proposta alibi dal creditore per un classico doveva avere lo stesso valore di una richiesta di pagamento da eseguirsi alibi: diguisachè, la prestazione alibi veniva appunto fatto consentiente stipulatore.

Dunque se una conseguenza deve ricavarsi dal principio per cui il creditore non è tenuto senza il suo consenso ad accettare il pagamento alibi, è precisamente questa: se il debitore non è in colpa, il creditore che agisce alibi dimostra con ciò di rinunciare al suo eventuale interesse loci nello stesso modo che dimostra di rinunziarvi accettando il pagamento alibi.

Su ciò non insisto però più che tanto. A me basta il rilevare che l'argomento su cui si basa la tesi dell'A. lascia la questione della valutazione *giudiziale* degli interessi allo statu quo. Dal fatto che il creditore può rifiutare il pagamento alibi non può dedursi necessariamente che l'interesse del creditore fosse valutato giudizialmente nell'actio arbitraria; occorrerebbe sempre la prova che in questo senso si sia modificata la condemnatio della formula nello stesso modo che abbiamo la prova della sua modifica rispetto all'interesse del debitore. Siamo qui in presenza di un'azione speciale pretoria in cui il Pretore ha modificato il contenuto della corrispondente obligatio ed actio civilis. Dal contenuto dunque dell'obligatio civilis non possiamo per

ciò solo inferire il contenuto dell'azione pretoria. Chi nega di avere in sua potestà il servo che ha commesso un delitto per diritto civile è tenuto o a prestare la pena o a dare in noxa lo schiavo; ma il Pretore dà contro di lui l'azione sive noxae deditione. Per diritto civile la pena del furto manifesto è capitale; ma, se le fonti tacessero in proposito, saremmo forse autorizzati ad ammettere identico contenuto per l'actio furti manifesti pretoria? La serie potrebbe continuare ¹⁾.

Che poi il creditore possa rifiutare il pagamento alibi mentre agendo coll'actio arbitraria, ottiene la somma dovuta, anzi eventualmente con deduzione dell'interesse del debitore ²⁾, non è nè strano nè assurdo, come si compiace di affermare l'A. (pag. 168). Se il debitore a cui sia dovuta la competentia paga un sesterzio di meno della somma dedotta in obbligazione, è vero che il creditore ha sempre facoltà di rifiutare il pagamento, ma è altrettanto vero che se il creditore conviene in giudizio il debitore rischia di ottenere molto di meno di quanto aveva rifiutato. Come pure, inversamente, il debitore in mora può liberarsi prestando la somma promessa, mentre ciò non facendo e lasciandosi convenire in giudizio, se si tratta di un iudicium bonae fidei, rischia di esser condannato nella somma dovuta più le usurae. Tutto ciò praticamente è tutt'altro che insensato: il creditore rifiuta il pagamento della somma dovuta con deduzione di una parte minima perchè spera che in seguito il patrimonio del debitore possa accrescersi in modo da evitare la defalcazione della competentia; ed il creditore può fare i suoi interessi rifiutando il pagamento alibi sperando che il debitore presti nel locus solutionis. E tutto ciò giuridicamente non è insensato perchè il contenuto dell'actio praetoria, come si è visto, non coincide col contenuto dell'obligatio civilis sulla quale è fondata.

4. È tempo ora di affrontare un quesito la cui importanza sfuggì a me nel mio lavoro, sfugge anche nell'indagine dell'Arangio, ma che, a mio avviso, permette di risolvere parecchi punti oscuri in questo vessatissimo istituto e soprattutto la questione della valutazione dell'interesse del creditore di cui qui ci occupiamo.

¹⁾ Vedi sopra pag. 23 e seg.

²⁾ Si noti che come si vedrà da qui a poco (pag. 43 e segg.) questa deduzione non aveva luogo se il debitore era in colpa a pagare nel luogo stabilito e quindi il creditore, agendo alibi, otteneva l'intera somma.

Nel diritto classico dovette certamente presentarsi il seguente quesito: il debitore che è in colpa a pagare nel luogo stabilito, convenuto coll'actio arbitraria, ha sempre diritto alla deduzione del suo interesse? Ragionando in base ai rigidi principi della plus petitio bisognerebbe rispondere affermativamente; ma il principio generale del diritto classico «qui ex sua culpa damnum sentit non intelligitur damnum sentire» formulato in termini più precisi nel fr. 37 D. 17, 1 a proposito di un caso analogo al presente «neutri frustratio sua prodesset potest»¹⁾, impongono di dare risposta negativa; ciò intuì mirabilmente il sommo Cuiacio²⁾ scrivendo che «moratoris utilitatem spectari aestimarique absurdum esset».

Il debitore dunque in colpa non ha diritto ad alcuna deduzione d'interesse³⁾. Ma questa colpa importa forse che l'obligatio del debitore si aumenti? In altri termini, il debitore in colpa il quale, senza di questa, poteva essere condannato in 100 — 10, è forse condannato in 100 + 10, cioè nell'intera somma dovuta più l'id quod interest del creditore? Questa è appunto la questione che si propone e risolve *negativamente* Africano nel fr. 8 D. h. t.

Centum Capuae dari stipulatus fideiussorem accepisti: ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso promissore peti debeat, id est ut, si alibi quam Capuae petantur, arbitraria agi debeat lisque tanti aestimetur, quanti eius vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi. nec oportebit, quod forte per reum steterit, quominus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri: neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum: ibi enim duae stipulationes sunt, hic autem una pecuniae creditae est, circa cuius executionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur. eiusque differentiae manifestissimum argumentum esse puto, quod, si post moram factam pars pecuniae soluta sit et reli-

¹⁾ Il testo è rimaneggiato dai compilatori, ma in questo punto genuino: cfr. MARCHI, *Studi in onore di V. Scialoja*, vol. I, pag. 176.

²⁾ *Opera*, Neap. 1758, vol. 1, 1282. Per l'antica letteratura sulla questione vedi GLÜCK, *Pand.*, trad. it., lib. XIII, pag. 138.

³⁾ Debbo qui dichiarare che il LENEL, in una privata comunicazione, aderendo alla mia tesi negante la valutazione dell'interesse del creditore nel diritto classico, mi faceva osservare come difficilmente l'interesse del debitore dovesse esser valutato nel caso di colpa a pagare nel locus solutionis. In questo senso ora anche SEGRÈ, op. cit., pag. 566, n. 2.

quum petatur, officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris interfuit eam dumtaxat summam quae petetur Capuae solutam esse.

Che cosa vuol dire « nec oportebit quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri »?

La logica e la grammatica inducono ad interpretare questa proposizione nel senso che la mora del debitore quo minus Capuae solvatur non fa aumentare l'obligatio del fideiussore; in altri termini, il fideiussore convenuto coll'actio arbitraria non è condannato per effetto di questa mora in una somma maggiore di quella dedotta nell'obligatio. Ora se si tien presente che principio generale del diritto classico è che il fideiussore è responsabile sempre per tutto ciò che può accedere ex officio iudicis all' obbligazione principale¹⁾, è chiaro che in questo testo di Africano abbiamo trovato la esplicita decisione della questione proposta, e cioè: se il debitore è in colpa a prestare nel luogo stabilito, la sua obbligazione non si aumenta, vale a dire egli è condannato soltanto nella summa obligationis.

Questa interpretazione del « nec oportebit... » è di una evidenza intuitiva²⁾ ed è confermata dai Basilici (XXIV, 9, 8; Hb. III, 45) in cui, non solo non si parla nella prima parte dell' interesse del creditore, come nel testo latino, ma l'Anonimo, mentre i digesti presentano l'ipotesi della mora del debitore che non nuoce al fideiussore, parla addirittura di mora del convenuto: « Ἐὰν ἐγγυήτης ἀπὸ τῆς ἀρbitραρίας ἐνάγῃται, σκοπεῖται καὶ αὐτοῦ καὶ τοῦ προτοτύπου τὸ διαφέρων. Καὶ οὐκ αὐξῇ ἢ κατ' αὐτοῦ ἐνοχλή ἐκ τῆς ὑπερθέσεως τοῦ ἐναγομένου [si fideiussor arbitraria actione conveniatur, spectatur et quid eius et quid rei principalis intersit: et ex mora eius qui convenitur³⁾ non augetur adversus eum obligatio] ».

L' Arangio respinge questa interpretazione così ovvia e sicura per riesumare un'antica e non mai abbastanza criticata interpreta-

¹⁾ Vedi WINDSCHEID, *Pand.*, vol. II, § 477, n. 26 ed i testi ivi citati.

²⁾ Di recente così interpreta anche SEGRÈ, loc. cit. e lo stesso BESELER, la cui interpretazione L'ARANGIO, pag. 171, pare che segua, giacché ora scrive (*Beiträge*. II, pag. 170: « trotzdem kann Biondi recht haben, denn das Stück *nec oportebit* *rell* kann Tribonianswerk sein »).

³⁾ HEIMBACH, tratto in inganno dai Digesti traduce ἐναγομένου per rei mostrando così di riferirlo al debitore principale.

zione¹⁾ che taluni antichi interpreti furono costretti a dare per conciliare l'attestazione del fr. 2 § 8 in cui si dice che la mora fa aumentare la summa obligationis, e quella del fr. 8 in cui è dichiarato precisamente tutto il contrario.

Secondo l'interpretazione preferita dall'A., la proposizione « nec oportebit quod forte per reum steterit quo minus tota centum Capuae solverentur » sarebbe una dilucidazione del precedente « lisque tanti aestimetur quanti... *actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi* » e non si deve intendere « nel senso che il fideiussore non possa essere condannato a una somma maggiore, ma nel senso che l'aumento della condanna non implichi un augmentum obligationis » (pag. 172).

Se questa interpretazione risponda alle parole di Africano lascio al lettore il giudizio. Ma, a tacer d'altro²⁾, osservo che è assai proble-

¹⁾ Di questa interpretazione, che pure ha dalla sua l'autorità del CUIACIO, il FABRO, *Rationalia*, ad h. l. (Lugduni, 1668, pag. 485) scriveva: « quae interpretatio certe a sensu Africani non minus quam a ratione iuris aliena est ».

²⁾ Debbo rilevare che qui l'ARANGIO, accettando dottrine altrui, non si preoccupa affatto di vedere se esse armonizzino o meno colla tesi da lui sostenuta. L'A. qui parla di *mora obbiettiva* come HASENBALG, *Die Burgschaft*, pag. 257 e BESELER, pag. 102, sostenendo che l'interesse del creditore « non ha nulla a che fare con la dottrina della mora » (loc. cit.), ed appunto nel fr. 2 § 8 espunge il *mora tua* (pag. 185). Ora può parlare di *mora obbiettiva* HASENBALG ed affermare che la *mora subiettiva* non ha qui nessun effetto, perchè egli interpunge il testo così « nec oportebit quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuae solverentur; obligationem fideiussoris augeri » diguischè l'augmentum obligationis, cioè l'interesse del creditore, viene ad essere indipendente dalla mora. E può parlare di *mora obbiettiva* il BESELER, il quale, anzitutto espunge come una glossa tutta la proposizione « quod forte per reum steterit, quominus tota centum Capuae solverentur », e dichiarando itp. tutto il tratto del fr. 2 § 8 h. t. da *quid enim si* costruisce l'interesse loci delle parti come l'equivalente obbiettivo della somma dovuta nel locus solutionis (pag. 69, 95). Ma non può parlare di *mora obbiettiva* l'ARANGIO, il quale, ritenendo genuino quasi integralmente il fr. 2 § 8, ammette che l'interesse loci dell'attore si concreti nel pieno risarcimento di ogni danno ed indennizzo dei lucri. Ed inoltre, se l'A. interpreta la proposizione « nec oportebit quod forte per reum steterit quo minus tota centum Capuae solverentur obligationem fideiussoris augeri » a guisa di illustrazione dell'interesse del creditore e che il giurista con ciò intendà dire che l'aumento della condanna non implica un augmentum obligationis, non è forse in tutto ciò stabilita chiaramente la connessione tra l'interesse del creditore e la mora quominus Capuae solvatur? Tanto più che nella seconda parte del testo, che l'A. ritiene genuina, si parla della valutazione dell'interesse del creditore appunto come effetto della mora: « *si post morem factam...* » e questa mora è precisamente quella stessa

matico, come si è visto ¹⁾, che Africano nella prima parte avesse menzionato l'interesse del creditore, e che, accettando l'interpretazione dell'A., dovremmo attribuire alla più supina negligenza ed al più colossale errore dell'Anonimo il fatto che egli ha conservato quel tratto «*καὶ οὐκ ἀφεῖ...*» che doveva servire di chiarimento al «*vel actoris interfuerit*» che, come ammette l'Arangio ²⁾, l'Anonimo avrebbe soppresso!

L'interpretazione dell'A. è smentita poi dal seguito del testo: il confronto coll'obligatio usurarum non ha senso; per darvi un significato l'Arangio è costretto a scrivere che «l'obligatio usurarum presenta appunto il fenomeno di un aumento dell'obbligazione principale» (loc. cit.). Come invero parlare di *aumento* dell'obbligazione principale quando si tratta di due stipulazioni formalmente indipendenti, una per il capitale, l'altra per gl'interessi?

Questo confronto è invece intelligibile coll'interpretazione da me ripetutamente proposta. L'actio arbitraria resta sempre un'azione di stretto diritto; il potere del giudice è limitato alla semplice aestimatio dell'interesse, e la mora, come nei iudicia stricta, non ha alcun effetto: perchè sian dovute usurae occorre una stipulatio apposita ³⁾.

Fin qui il testo nella sua struttura è genuino e per la sua esegesi non ho fatto che ripetere quanto scrissi altrove. Non posso dire altrettanto per la seconda parte.

Africano, come si è visto, sosteneva che la mora quominus Capuae solveretur non produceva alcun aumento dell'obbligazione fideiusorioria; nel medesimo ordine di idee il giurista presenta l'ipotesi che dopo la mora sia stata pagata una parte della somma dovuta e si domandi il resto. Quale sarà qui l'officium iudicis?

del principio del testo, cioè quominus Capuae solvatur [che c'entra qui l'*indugio* nella esecuzione dell'obbligazione di cui parla l'A., loc. cit.?). E nel fr. 10 D. h. t., ritenuto genuino anch'esso dell'A., l'interesse del creditore è sempre ricollegato alla mora quominus Capuae solvatur: «*si post moram factam, quo minus Capuae solvetur... videamus ne ea pecunia quae ex sententia iudicis accedere potest...*»; A torto anche qui l'A., pag. 173, parla di indugio nell'esecuzione dell'obbligazione. Se l'A. considera genuini questi testi, con quale logica e coerenza può affermare che «la mora, il fatto che per debitorem steterit quo minus tota centum Capuae solverentur non ha nessuna rilevanza» (pag. 172) e che l'interesse del creditore «non ha nulla che fare la dottrina della mora» (pagina 172)?

¹⁾ Vedi sopra, pag. 38.

²⁾ Pagg. 170, 173.

³⁾ D'accordo anche SEGRE, loc. cit.

La risposta discende logicamente ed ineluttabilmente dalla decisione precedente: il giudice dovrà condannare solo in quella somma che si domanda senza alcun aumento. Questa a mio avviso doveva essere la decisione classica ed il testo deve ricostruirsi così:

... si post moram factam pars pecuniae soluta sit et reliquum petatur, officium iudicis tale esse debeat ut [*aestimet, quanti actoris intersil*] *condemnet* (Afr.) *in eam dumtaxat summam quae petetur [Capuae solutam esse]*.

Questa ricostruzione s'impone per più riguardi; la decisione viene così ad essere perfettamente nello stesso ordine di idee dell'altra precedente, mentre la questione se l'interesse loci sia in obligatione o meno non era fatta dal giurista; ed inoltre, mi pare che sia più esatto attribuire come contenuto dell'officium iudicis la condemnatio anzichè, come fanno i Digesti, la semplice aestimatio.

L'insegnamento che si ricava da tutto il frammento di Africano, o forse dello stesso Giuliano, è interessante, in quanto dà la risposta precisa e testuale al quesito che mi sono proposto. Il giurista infatti ci attesta che se il debitore è in colpa a pagare nel luogo stabilito, convenuto coll'actio arbitraria, è condannato nell'intera somma senza deduzione del suo interesse. Nè è esatto parlare di valutazione dell'interesse del creditore fino al limite della somma stipulata¹⁾; l'interesse del creditore non entrava affatto nell'ordine di idee classico. Qui operavano esclusivamente i principi della colpa: il debitore aveva diritto di dedurre nell'actio arbitraria il suo interesse loci; ma se egli era in colpa a prestare nel locus solutionis era assurdo che venisse dedotta quella utilitas che avrebbe avuto pagando nel luogo stabilito e quindi la condanna avveniva nell'intera somma dovuta. Che la mora quominus Capuae solvatur avesse effetti più gravi per il debitore di quelli della semplice perdita della deduzione giudiziale del suo interesse, è precisamente quello che negava Africano per le ragioni osservate.

Nè tutto ciò è strano. L'autonomia contrattuale in molti istituti classici provvedeva sufficientemente alle deficienze legislative od ai

¹⁾ Così DERNBURG, *Pfandrecht*, I, pag. 554 sgg.; ed anche ora SEGRÈ, loc. cit., ma voglio sperare che l'egregio romanista di Parma resti persuaso della mia esegesi della seconda parte del testo africano e non insista pertanto su questo concetto.

rigidi formalismi legali. Il diritto classico come per i negozi di stretto diritto non garantiva al creditore il pagamento nel giorno fissato in modo da poter richiedere *usurae moratorie*, così non garantiva al creditore il pagamento nel luogo fissato in modo da avere risarcito il suo interesse *loci*. La *stipulatio usurarum* e la *poena convenzionale* bastavano a salvaguardare gli eventuali interessi delle parti.

I rilievi fatti sono della più alta importanza perchè chiariscono ottimamente alcuni punti rimasti oscuri nel mio precedente lavoro.

Resta spiegato il fatto che Ulpiano nel fr. 2 § 8 D. h. t., trattando *ex professo* dell'*officium iudicis*, si ponga la questione se il giudice nella condanna debba «*servare an minuere quantitatem*».

Resta spiegata la citazione «*Iulianus Labeonis opinionem secutus*» indubbiamente *ulpianea*¹⁾, la quale appunto doveva riferirsi a quella dottrina che abbiamo visto riportata da Africano per cui il debitore in mora è condannato nell'intera somma senza alcuna deduzione. Resta accertato lucidamente lo spunto da cui presero le mosse i compilatori per introdurre l'interesse *loci* dell'attore: colla scomparsa degli effetti classici della *plus petitio*, della limitazione rigorosa dei poteri del giudice, doveva sembrare ai bizantini assai strano che l'interesse del creditore dovesse valutarsi solo sino all'ammontare della *summa obligationis*; da ciò la facoltà data al giudice di *excedere quantitatem*, da ciò la falsificazione dell'opinione di Labeone e di Giuliano.

5. Brevi osservazioni infine sul fr. 10 D. h. t. e la c. un. C 3,18.

Nel mio lavoro (pag. 65 e segg.) rilevai che il fr. 10, estratto dal lib. III delle quaest. di Paolo, nel contesto genuino doveva riferirsi ad un *iudicium bonae fidei* ed alle relative *usurae moratorie* – il lib. III era appunto la sede *materiae* dei *iudicia bonae fidei* – e che fu adattato dai compilatori all'*actio arbitraria* ed al relativo interesse del creditore. Questa ipotesi, che ha trovato l'adesione autorevole di P. Krueger (*Addenda*, ad h. l.), mi pare sicura: di fronte a quanto attesta Africano nel fr. 8, è impossibile che Paolo abbia potuto parlare per l'*actio arbitraria* di «*pecunia quae ex sententia iudicis accedere potest*»; e poi le interpolazioni evidentissime e che ammette anche l'Arangio²⁾ sarebbero troppo superflue se non denotassero il lavoro

¹⁾ Vedi il mio lavoro, pag. 59.

²⁾ Pagg. 155, 173.

di adattamento all'actio arbitraria di quanto il giurista scriveva per tutt'altra materia: così « cum arbitraria vellet agere » « eius actionis nomine » ed « arbitrium iudicis cesset »¹⁾ a cui fanno pieno riscontro le altre « quo minus Capuae solveretur » e « vel si Capuae petatur ».

La c. un. C. 3,18 di Alessandro è così concepita:

Qui certo loco se soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit, arbitraria actione et in alio loco potest conveniri: in qua venit aestimatio, quod *alterutrius* interfuit suo loco potius quam in eo in quo petitur solvi.

Alterutrius è qui certamente interpolato.

Per me il testo genuino doveva dire *rei*²⁾, per l'Arangio invece *actoris*³⁾. Ora se il *solvi* è perfettamente a posto coll'interesse del debitore⁴⁾ non lo è affatto con quello creditore; se questo menzionava la costituzione, Alessandro avrebbe detto *solutam esse* così come si trova nella seconda parte del fr. 8 D. h. t. che nella sua redazione attuale, parla solo dell'interesse del creditore, e come è necessario ammettere da chi, come l'Arangio, ritiene genuino, oltre il fr. 8 citato, il fr. 10 D. h. t.⁵⁾.

La costituzione genuina doveva parlare solo dell'interesse del debitore, considerato anche che essa è impiantata essenzialmente sulla *plus petitio loco*: « alio loco potest conveniri »⁶⁾.

Dal momento che l'articolo dell'Arangio fa parte di una serie di *Studii formulari*, mi sia lecita qualche osservazione di tecnica formulare.

La formula della *condictio certae creditae pecuniae adiecto loco* secondo l'Arangio diceva: « si paret Ephesi decem dare oportere quanti ea res erit condemna ». Ed a pag. 195 l'A. dà ragione di questa

¹⁾ A torto l'ARANGIO, mantiene questa impossibile frase « arbitrium iudicis cesset ».

²⁾ Pag. 63.

³⁾ Pag. 181.

⁴⁾ Vedi fr. 8 D. h. t.: quanti *etis* (sc. *rei*) interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi *solvi*; fr. 15 D. 16. 2: « quanti Titii interfuerit... *dari* ».

⁵⁾ Su ciò vedi sopra, pag. 45 n. 2.

⁶⁾ Non capisco come l'A. (pag. 181) possa affermare che le parole allusive all'interesse « si presentano piuttosto come favorevoli che come contrarie all'interrogante ».

formula: « Ma l'adiectio loci dovette influire fin da principio nel senso di modificare la condemnatio; poichè, per quanto *il pretore non si rappresentasse in modo esatto l'ordine d'idee in base al quale si sarebbe più tardi regolato l'arbitrium iudicis*, pure egli dovette vedere, in quell'Ephesi dare oportere, qualche cosa di diverso da un 'dare oportere' puro e semplice, anzi una qualche cosa, una *res* nel senso più ampio della parola, suscettibile di valutazione da parte del giudice. E questo suo *vago sentore* non poteva esprimersi se non nel 'quanti ea res erit' ».

Queste singolari idee dell'Arangio sull'attività del Pretore e sulla redazione della formula non possono passare senza osservazioni. L'actio arbitraria o, come vuole l'Arangio, la condictio adiecto loco fu introdotta con una funzione precisa ed un contenuto ben netto; ammettere che il Pretore abbia modificato espressamente la condemnatio della condictio senza avere una idea precisa sullo scopo della riforma, e l'abbia modificato in modo tale da non dare al giudice con quel quanti ea res erit una via ben determinata da seguire, è qualcosa che rasenta l'assurdo. E d'altra parte, chi è abituato a quella tecnica formulare che il Lenel ha insegnato, trova per lo meno assai ostico ammettere un *quanti ea res erit* di fronte ad una intentio avente per oggetto una certa credita pecunia.

novembre 1913.

BIONDO BIONDI.

Postilla all'articolo precedente del prof. Biondi.

Leggendo quanto scrive il Biondi a pag. 19, n. 1 vedo che in realtà l'Arangio-Ruiz a quelle mie brevi osservazioni che sulle *actiones arbitrariae* ebbi occasione di fare, recensendo la seconda edizione del Lenel, ha fatto l'onore di dare un'importanza di gran lunga superiore di quella che effettivamente avessero. L'interpretazione autentica del mio pensiero dovrebbe essere, pertanto, quanto mai opportuna.

L'Arangio attribuisce a me la paternità dell'idea messa avanti dal Biondi che riporta a Giustiniano l'origine della categoria delle *actiones arbitrariae*, di azioni cioè con clausola restitutoria. Ora il mio ordine d'idee era ben più limitato e diverso in quanto io in quella recensione miravo soltanto a negare:

a) La tesi del Lenel il quale esclude che la così detta *actio de eo quod certo loco*, chiamata nelle fonti tecnicamente *actio arbitraria*, avesse contenuto una clausola *nisi arbitrio tuo*.

b) La dottrina del Pernice per cui le *actiones arbitrariae* sarebbero state azioni del tutto analoghe ai *iudicia bonae fidei*.

E tutto questo come ognuno vede ha un valore ben diverso ed anzi un contenuto del tutto opposto alla tesi del Biondi per cui il diritto classico non avrebbe conosciuto affatto una categoria di *actiones arbitrariae* cioè di azioni la cui caratteristica era data dalla clausola restitutoria.

SALVATORE RICCOBONO.

FALCIDIAE STIPULATIO

Sommario. — La detrazione della quarta in caso di crediti e debiti ereditari condizionali, di legati condizionali, di libertà condizionali. Critica di Gai. fr. 35, 2, 73 § 1-3. Gli altri testi che applicano la *cautio si cut plus quam per legem Falcidiam cet.* (critica dei fr. 36 § 4 e 11 § 1 ad l. Falc.). Restituzione di una *dubitatio* del diritto classico. Il criterio del valore venale. Critica del fr. 45 § 1 eod.). Crediti d'incerta esazione (critica dei fr. 82 e 56 eod.). Crediti ex naturali obligatione. Il diritto giustiniano*).

D. 35, 2 ad legem Falcidiam 73, 1. Gai 18 ad ed. prov.

Magna dubitatio fuit de his, quorum condicio mortis tempore pendet, id est an ¹⁾ quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur. sed hoc iure utimur, ut, quanti ea spes obligationis venire possit, tantum ²⁾ stipulatoris quidem bonis accedere videatur, promissoris vero decedere. aut ³⁾ cautionibus res explicari potest, ut duorum alterum fiat, aut ⁴⁾ ita ratio habeatur, tamquam pure debeatur, aut ita, tamquam nihil debeatur, deinde heredes ⁵⁾ est legatarii inter se caveant, ut existente condicione aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sint ⁶⁾.

È qui menzione di due diversi sistemi che possono tenersi circa i rapporti giuridici condizionali, che siano credito o debito dell'asse

*) Il tema, dal quale la critica non ha peranco rimosso incertezze e difficoltà, fu di recente oggetto dell'indagine di un insigne romanista nostro: PAMPALONI, *Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia*, BIDR. XXI (1910) 180 sgg.

¹⁾ *ins.* id *Vulg.*, *Hal.*

²⁾ in tantum *F²*, *Vulg.*, *Hal.*

³⁾ ut *F²*; et *Hal.*, *Dyemen.* (in Meerm. Thes. III 327).

⁴⁾ ut aut *Hal.*

⁵⁾ heres *Vulg.*, *Brenem.* in nota.

⁶⁾ Della critica di questo frammento sommariamente mi occupai nel mio recente studio sull'*emptio spei* (Miscellanea critica di diritto romano, fasc. I, pagine 51 sg.).

ereditario, nell'applicare la legge Falcidia. Uno consiste nel computare attivamente (stipulatoris... bonis accedere) o passivamente (promissoris... decedere) il rapporto per il suo valore venale pendente condicione, onde si dà luogo a una liquidazione definitiva tra erede e legatario. L'altro consiste nel prescindere provvisoriamente dal rapporto condizionale, per modo che l'erede avrà prestato al legatario di più, se si verifica la condizione del debito, di meno se si verifica la condizione del credito; e nell'interporre cauzioni reciproche per cui il legatario e l'erede siano rispettivamente tenuti al supplemento della quarta o del legato.

Prima di procedere alla critica del testo, fissiamo bene la interpretazione, secondo la sua struttura presente. Poichè del secondo sistema (che per brachilogia diremo sistema delle cauzioni) la formulazione ch'io ho posto nelle linee che precedono non si ricava immediatamente nè sicuramente dal nostro testo. Tant'è che autorevoli scrittori (i dommatici tutti, per quanto io ho visto) rappresentano questo secondo sistema come comprendente una doppia eventualità: « i crediti ereditari condizionali e i debiti ereditari condizionali..., a seconda della maggiore o minore verosimiglianza dell'adempimento della condizione, si computano pienamente o niente affatto..., con prestazione di sicurtà per la restituzione o per il pagamento successivo » 1).

Il Pampaloni (200, 201, 202) ripudia come classica questa formulazione del sistema, per la quale si rappresenterebbe come indifferente ammettere una riduzione provvisoria del legato, o differirla al momento in cui si verifica la condizione. E di conseguenza espunge come un emblema tutte le parole dal primo *aut* in giù del fr. 73 § 1, in base al quale dagli scrittori si pone l'insegnamento sopra riferito.

Secondo me, non può senz'altro rinunciarsi all'esposizione del sistema delle cauzioni com'è data nel fr. 73 § 1, poichè in nessun altro testo ne abbiamo maggiori particolari; il Pampaloni stesso altrove deve costruire e argomentare su questa notizia.

Piuttosto dall'esame dello stesso fr. 73 § 1 ricaveremo quanto c'è di esatto e di non esatto nella sua formulazione, di conseguenza quanto

1) WINDSCHEID (Fadda e Bensa) III § 652 n. 28. Così ROSSHIRT, *Lehre v. d. Vermächtnissen* I 545; ARNDTS, cit. dal Pampaloni 201 n. 58 e 60, 202 n. 62; KOEPFEN, *Lehrb. d. Erbrechts* § 121 p. 759.

c'è di genuino e di spurio. E per avventura potrà apparire che non tutto è triboniano quello che all'eminente romanista è apparso tale.

L'ipotesi posta nel quesito, nelle prime parole del testo, contiene così il caso di un debito come il caso di un credito ereditario condizionale. « an quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur »: il rapporto condizionale è dunque riguardato sia nel caso che attivamente spetti alla eredità (stipulatoris bona), sia che passivamente spetti (promissoris bona). E alla doppia ipotesi risponde la soluzione, prima posta, secondo il sistema del valore venale: « stipulatoris bonis accedere - promissoris.. decedere ».

Segue la soluzione secondo il sistema delle cauzioni: nella quale si dimentica la doppia eventualità, di credito e di debito, posta in ipotesi, e pare si riferisca la soluzione solo al caso di debito ereditario condizionato. « duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur tamquam pure *debeatur*, aut ita tamquam nihil *debeatur* »: o si considera puro il debito, o non si considera affatto. Procedendo di conseguenza, si dovrebbe ora dire che l'erede debba cauzione pel caso che non si verifichi la condizione del debito, il legatario pel caso che si verifichi la condizione del debito: ci dovrebbe essere una cauzione concepita « deficiente condicione » per l'ipotesi del pagamento del legato avvenuto nel presupposto « tamquam pure *debeatur* »; una cauzione concepita « esistente condicione » per l'ipotesi del pagamento del legato avvenuto nel presupposto « tamquam nihil *debeatur* ».

Senonchè il testo prosegue: « ... heredes et legatarii inter se caveant, ut existente condicione aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sint ». Come si conciliano queste parole con quello che precede? Se l'erede ha imputato al passivo ereditario il debito come puro (tamquam pure *debeatur*), al verificarsi della condizione « esistente condicione », egli non deve niente al legatario, nè il legatario dovrà niente a lui. Quindi è fuori luogo una cautio concepita « esistente condicione ». Se l'erede non ha imputato il debito condizionale al passivo ereditario, sarà il legatario che dovrà interporre una cautio concepita « esistente condicione ». Quindi in un caso e nell'altro l'erede non dovrà mai una cautio concepita « esistente condicione ».

Come si spiegano allora le parole del testo, che dicono di una

cautio dell'erede diretta a restituire « esistente condicione » quanto ha pagato di meno del legato, di una cautio del legatario diretta a restituire « esistente condicione » quanto ha ricevuto di più del legato? Si spiegano perfettamente riferendoci alla duplice ipotesi, posta al principio del testo, all'ipotesi di credito e di debito ereditario. « Esistente condicione », se il rapporto condizionale era un credito, aumenta l'asse ereditario; s'era un debito, diminuisce. Ne segue che, con un sistema che nel calcolo della Falcidia prescinde da ogni rapporto condizionale, in caso di credito il legatario è esposto ad aver dato di meno, in caso di debito l'erede è esposto ad aver dato di più. Onde la ragione di cauzioni concepite « esistente condicione ». E precisamente di una cauzione dell'erede, in caso di credito ereditario, « reddi, quanto minus solverit »; di una cauzione del legatario, in caso di debito ereditario, « restitui, quanto plus consecutus sit ».

Le parole da « heredes » in giù sono in perfetta armonia con l'ipotesi configurata nel principio del testo, e in insanabile disaccordo con le parole che immediatamente precedono. Ne risulta, secondo me, che interpolazio non può essere tutto il brano, che ha due parti non armonizzanti; ma è interpolazia solo una delle due parti, e precisamente quella che non risponde nè all'ipotesi posta in principio nè alla soluzione posta in fine. Delle parole in cui Gaio descrive il sistema delle cauzioni, per me, sono spurie quelle da « aut cautio-nibus » a « deinde »; genuine le rimanenti.

L'esegesi qui compiuta del testo gaiano, nella parte relativa al sistema delle cauzioni, interessa non solo nel risultato critico; ma ugualmente, e più forse, sotto il riflesso dogmatico. Poichè, se è vero che le ultime parole sono genuine, è questo testo stesso che dimostra che il sistema classico delle cauzioni consisteva nel prescindere *sempre* dal rapporto condizionale nel calcolo della Falcidia.

Invece il Pampaloni che, per la sua critica più radicale, è stato tratto a non fermare troppo l'attenzione sull'insegnamento gaiano, dà come propria del sistema delle cauzioni una duplicità di soluzioni. Egli si distacca dalla comune opinione, per cui il tener conto del rapporto condizionale o prescindere provvisoriamente sia in relazione alla maggiore o minore verosimiglianza del verificarsi della condizione; ma anch'egli ritiene che il sistema delle cauzioni fosse congegnato in previsione dell'una e dell'altra soluzione: senonchè il decidersi per

l'una o per l'altra dipendesse dal fatto del legatario (p. 201). Precisamente egli scrive (p. 190): « il debito *si considera come inesistente* fino a che la condizione non si è verificata; e intanto il legato si paga per intero, se l'onorato è pronto a prestare la cautio quanto amplius. Se poi il legatario non può o non vuole prestare la cautio, il debito *si considera come puro* e semplice: e pur tenendone sospeso il pagamento, si riduce il legato per quanto è necessario a formare la quarta; salvo a completarlo quando la condizione del debito venga a mancare ». Donde si argomenta questa duplice possibilità? o meglio questa seconda soluzione, per cui, non prestandosi cauzione dall'onorato, si considera puro il debito ereditario ed è tenuto a cauzione l'erede? Il Pampaloni si riporta (p. 191 pr.) a quanto ha detto pei legati condizionali (p. 183 testo, in corrispondenza delle note 10, 11), dove infatti egli dice che « o la riduzione del legato puro e semplice rimane sospesa fino al verificarsi della condizione, o la si eseguisce in via provvisoria; e in modo, rispettivamente, da esservi luogo o alla cautio quanto amplius o alla cautio legatorum ». Ma in quale testo è descritto questo duplice temperamento? in nessuno, ch'io mi sappia, nè pei debiti ereditari condizionali, nè pei legati condizionali, ch'è caso parallelo; tranne nel fr. 73 § 1. E infatti il Pampaloni cita questo fr., nelle parole « ut duorum alterum fiat, rell. », e soltanto questo fr. (p. 183 n. 11)¹.

Il Pampaloni stesso, lo sappiamo, ritiene interpolato questo fr. proprio da quelle parole in giù. Egli ha potuto ugualmente citarlo, a base del duplice temperamento, perchè forse attribuisce all'interpolazione da lui ammessa valore esclusivamente formale. Ma noi dobbiamo escludere assolutamente quel testo, perchè nell'esegesi che ne abbiamo fatto abbiamo dimostrato che le parole « ut duorum alterum ... - deinde » sono tutt'altro che un'interpolazione formale: esse contengono un insegnamento ch'è in contrasto con la parte finale del testo (heredes et legatari ... - consecuti sint), ch'è la parte genuina.

Così è dimostrato che il sistema delle cauzioni applicato alla nostra materia in ciò consiste: si prescinde nell'accertamento dell'asse dal

¹) Non è di prova, manifestamente, e anche secondo l'intenzione del Pampaloni, il fr. 45 § 1, dove si parla genericamente di *cautiones*, con cui « melius res temperabitur »; anche a prescindere dall'interpolazione comunemente rilevata. Su di esso vedi in seguito, pag. 72 sgg.

rapporto condizionale; se questo rapporto è di credito dà cauzione l'erede, se questo rapporto è di debito dà cauzione il legatario¹⁾.

Con ciò concordano tutti i testi in cui del sistema delle cauzioni è fatta menzione o applicazione; dei quali qui faremo seguire l'esame.

Cominciamo dal testo gaiano, nei paragrafi successivi a quello primo esaminato.

D. h. t. 73: Gai 18 ad ed. prov.

§ 2. Sed et si legata quaedam pure, quaedam sub condicione relicta efficiant, ut existente condicione lex Falcidia locum habeat, pure legata cum cautione redduntur. Quo casu magis in usu est solvi quidem pure legata perinde ac si nulla alia sub condicione legata fuissent, cavere autem legatarios debere ex eventu condicionis quod amplius acceperissent redditu iri.

§ 3. Cuius generis cautio necessaria videtur et si quibusdam servis eodem testamento sub condicione libertas data sit, quorum pretia condicione existente bonis detrahuntur.

Conforme al § 1, nella parte relativa al caso dei *debili* condizionali, Gaio insegna che, nel caso di legati condizionali, l'erede paga integralmente i legati puri, e riceve dai legatari puri una cauzione in previsione del verificarsi della condizione degli altri legati: «... *pure legata cum cautione redduntur*»; che, nel caso di manomissioni testamentarie condizionali, ugualmente l'erede paga per intero i legati, e solo al verificarsi della condizione della manomissione verranno portati al passivo dell'asse ereditario i servi manomessi (con eventuale conseguente riduzione dei legati prestati integralmente): «[*servorum*] *pretia condicione existente bonis detrahuntur*». Il che vuol dire, molto chiaramente, che anche in queste due ulteriori ipotesi di passività ereditaria pendente da condizione, il sistema delle cauzioni è così congegnato, che nell'accertamento dell'asse, agli effetti della deduzione della Falcidia, del passivo dipendente da rapporti condizionali non si tien conto, l'erede paga senza considerazione di esso i legati, e i legatari danno cauzione, concepita «*existente condicione*».

Nel § 2 sono verosimilmente interpolate, in tutto o in parte, le parole da «*quo casu*» a «*redditu iri*». Esse non sono, in verità, che

¹⁾ Sulla seconda alternativa voluta dal Pampaloni, pel caso che il legatario non possa prestare la cauzione, vedi ancora a pag. 70, nota 2.

una chiarificazione delle parole che precedono « pure legata cum cautione redduntur »; ma l'emblema è manifesto nella proposizione « magis in usu est » che racchiude una limitazione, per nulla rispondente all'insegnamento gaiano, ma suggerita ai compilatori dal fatto che qui non si richiama l'altro sistema della stima pendente condicione. A queste parole io mi riferivo, accennando a interpolazioni nel § 2, nell'altro mio studio (*Miscellanea critica*, I, 51)¹⁾. Anche il Pampaloni ha dichiarato quest' interpolazione (201 n. 61, 202), ma attribuendole un valore sostanziale, ch'egli deriva dal ritenere che Gaio non insegnasse appunto il sistema delle cauzioni. Su ciò, e sulle altre correzioni arretrate dal Pampaloni ai §§ 2 e 3, dovremo tornare in un punto successivo di questo studio (pag. 86 sgg.).

D. 35, 3 si cui plus quam per l. Falc. 1, 7. Ulp. 79 ed.

Si legata quaedam praesenti die relicta sint, quaedam sub condicione, interponenda erit ista stipulatio propter legata condicionalia, dummodo ea legata, quae praesenti sint, integra solvantur. Iulianus denique scribit. si pure et sub condicione legata fuerint, ne existente condicione lex Falcidia locum habeat, non aliter legatorum, quae pure data sunt, actionem dari debere, quam si cautum fuerit heredi 'quanto amplius, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperit'.

È lo stesso insegnamento del testo precedente. Ci sono legati puri e legati condizionali: si pagano integralmente i legati puri, e l'erede stipula la cauzione pel caso che si verifichi la condizione degli altri e sia lesa la Falcidia²⁾. Neppure questo testo contiene traccia, a mio modesto avviso, di quel duplice temperamento, per cui, secondo il Pampaloni (p. 185), « se il legatario puro e semplice non si trova in grado di prestare la cautio quanto amplius, allora si farà la riduzione sopra il legato di lui, come se la condizione apposta all'altro legato si fosse già verificata.. ; mancando la condizione, il legatario puro e semplice riceverà un supplemento di legato; per il quale potrà chiedere ed ottenere dall'erede la cautio legatorum »³⁾.

¹⁾ Si noti, tra l'altro, lo stesso verbo *reddere* (redditu iri) usato in senso tanto diverso da quello precedente (redduntur).

²⁾ Cfr. Bas. 41, 2, 1, 7 (Hb. IV 136).

³⁾ Dal punto di vista della forma, sono evidenti meude nel frammento, e probabili rimaneggiamenti. Alla correzione del Mommsen « si pure et sub condicione

Nello stesso senso, chiaramente, D. 35, 2, 31 (Pomp. 2 fideic.), cfr. Pampaloni 184; D. 35, 3, 1, 8 (Iul. ap. Ulp.), cfr. Pampaloni 185 n. 15. Anche, D. 35, 2, 1, 16: cfr. Pampaloni 184 n. 13; probabile tuttavia è l'interpolazione segnata da Beseler II 63.

D. 35, 2, 1, 12. Paul. l. sing. ad l. Falc.

Interdum omnimodo necessarium est solidum solvi legatario, interposita stipulatione 'quanto amplius, quam per legem Falcidiam (licuerit, *ins. Kr.*) ceperit, reddi:... Idem dicitur et si principali testamento quaedam sub condicione legata sunt, quae an debeantur incertum est, et ideo, si heres sine iudice solvere paratus sit, prospiciet sibi per hanc stipulationem.

Interpolate sono, secondo me, le parole finali « et ideo cet. »¹⁾; ma l'interpolazione non ha, rispetto alla questione ora considerata, che importanza formale. È sempre il legatario che dà cauzione. L'*interdum* iniziale può riferirsi a ciò, che precisamente in questi casi non si detrae la quarta, pure essendo eventualmente dovuta sui legati pagati.

D. 35, 2, 70. Ulp. 16 Sab.

Falcidiae stipulatio statim committitur, ubi condicio legati vel debiti extitit.

legata fuerint data, et heres timuerit ne existente condicione...» mi par preferibile la correzione del Pampaloni « si pure et sub condicione legata ita data fuerint, ut existente condicione...»: ma comunque il senso è sicuro. È da rilevare col BESELER *Betr.* II 60, come nei due periodi componenti il paragrafo sia ripetuto l'identico insegnamento; il primo periodo, nell'attuale aspetto, non è che un centone del passo giuliano. Però l'interpolazione, secondo me, è infiltrata nel primo e nel secondo periodo; e il testo dovrebbe ricostruirsi così:

« Si legata quaedam praesenti die relicta sint, quaedam sub condicione, interponenda erit ista stipulatio []. Iulianus [denique?] scribit [] non aliter legatorum rell. ».

Con che sarebbero eliminate la prossima ripetizione, anche in sé infelice, « si pure et sub condicione legata fuerint »; la proposizione grammaticalmente e logicamente insostenibile « ne existente... locum habeat »; la strana ellissi, nel primo periodo « legata, quae praesenti sint ». Nel primo periodo, a parte l'aggettivo « condicionalis », che ha mosso la critica del Beseler, sono da rilevare il poco naturale andamento della chiusa « propter... dummodo... », e la limitazione con « dummodo », così frequentemente compilatoria.

¹⁾ Esse sono probabilmente aggiunte in considerazione del sistema della stima pendente condicione introdotto in altri testi dai giustiniane.

L'insegnamento conciso del testo concorda mirabilmente con quello che noi abbiamo ricavato dalla critica di Gaio, fr. 73, 1. Così in caso di debito come in caso di legato condizionale, la cauzione è data dai legatari, che hanno ricevuto il legato integralmente: è la cautio quanto amplius (*Falcidia stipulatio*).

Ancora, D. 35, 3, 3, 3 (Ulp. 79 ed.), nelle parole « nam si condicio ... quoad existat ».

D. 35, 3, 1, 11: ... Cum enim habita ratione aeris alieni *Falcidia* ineatur, plerumque evenit, ut emergente debito vel condicione aeris alieni existente totum quod legatum est exhauriatur. Sed et libertatum condicio interdum existens efficiet legatum omnino non deberi, quippe cum habita ratione libertatum et deductis pretiis eorum tunc demum legatorum ineatur ratio.

Anche in caso di libertà condizionali, i legati si pagano per intero, e i legatari interpongono cauzioni (cfr. la prima parte del § 11: « Haec verba stipulationis 'quod amplius cet.' »). Verificandosi la condizione (« condicio interdum existens », cfr. sopra « condicione aeris alieni existente »), i legati saranno ridotti¹⁾. Allo stesso modo interpreta il Pampaloni 196-197. Si può lasciare indeciso il dubbio se la parte sopra riportata del § 11 sia un'aggiunta compilatoria: il periodo « cum enim ... exhauriatur » ripete abbastanza dappresso quanto è detto nel periodo che precede; tutt'altro che spedito è il periodo « sed et libertatum cet. » (efficiet ... non deberi; legatum ..., legatorum; pretiis eorum? [servorum, Mo.]; habita ratione ... ineatur ratio).

D. 35, 2, 36, 4. Paul. 3 fideic.

Si incertum sit, an libertas praestari debeat, veluti quod sub condicione vel post tempus data sit, numquid incerto eo an praestetur, cum possit aut servus mori aut condicio deficere, interim *Falcidia* admittenda est, deinde cum liber-

Pampaloni 197-198

Si incertum sit, an libertas praestari debeat, veluti quod sub condicione vel post tempus data sit, [numquid incerto eo an praestetur, cum possit aut servus mori aut condicio deficere] interim *Falcidia* admittenda est, deinde

¹⁾ Cfr. Cyr. sch. "Εστ' ὅτε IV, 136.

tas competere vel deberi coeperit, cum libertas competere vel deberi tum legatarius illam partem re- non coeperit, tunc legatarius il- cipiat (recipiet <i>F</i>²), quam Falcidia lam partem recipiat quam Falcidia detraxit? Caecilio placebat, siquid detraxit. cet. ex operis eius medio tempore con- secutus fuerit heres, id in pretium eius erogare eum debere propter legis Falcidia rationem.	
--	--

Espungendo le parole « numquid... - deficere », si viene a concepire la legge affermativamente ¹⁾. Paolo avrebbe detto che « quando la libertà sub condizione è lasciata al servo del de cuius, si determina l'ammontare dell'eredità non tenendo conto del servo, come se la condizione si fosse verificata, e si fa la riduzione necessaria a carico del legatario puro e semplice; prestandogli poi un supplemento di legato quando non si verifichi ²⁾ la condizione apposta alla libertà » (Pampaloni 197). I compilatori avrebbero preferito un sistema opposto a questo di Paolo, precisamente il sistema della stima pendente condizione, per cui si dà luogo a una liquidazione definitiva dei rapporti tra erede e legatario, com'è configurato nella prima parte del testo gaiano (fr. 73 § 1). La prova di questa preferenza, che avrebbe determinato la forma dubitativa del fr. 36 § 4, si ha nel fr. 37 pr., immediatamente seguente, dove si dice che « il servo è sempre valutato al passivo per il suo valore di schiavo liberato sotto condizione » (Pampaloni 198).

Questa esegesi incontra, a mio modesto avviso, gravi difficoltà. Dal fr. 37 pr. non può con alcuna probabilità argomentarsi l'intendimento compilatorio di trarre il contesto dei fr. 36 § 4 e 37 pr. al sistema della stima pendente condizione.

fr. 37 pr. Valens 6 de fideic.

Eius servi aestimatio perinde ac statuliberi fieri debet.

Il Lenel (Ab. Val. 19) compie: « Eius servi [*legati sc., cui per fideicommissum sub condizione vel post tempus libertas data est*]

¹⁾ L'interrogativo « numquid » era già espunto dalla critica dei culti: GOVEANUS (cit. da Gothofr. e da Pothier ad h. l.), il quale peraltro sembra fraintendere il testo, *Opera*, pp. 524-525 (Lugd., Barlet, 1622).

²⁾ Per raggiungere questa interpretazione, il testo è ancora corretto dal Pampaloni (198 n. 49): su ciò in seguito.

aestimatio [sc. *in Falcidiaae ratione ponenda*] perinde ac statuliberi fieri debet». Non può dirsi altrettanto sicuro, in Valente, il riferimento al legato e alla legge Falcidia, quanto invece il riferimento alla libertà fidecommissaria, per quale parla anche il § 1 dello stesso frammento (si veda). Nel fr. 36 § 4 sono abbinate ipotesi di libertà diretta e di libertà fidecommissaria; nel fr. 37 pr. si dichiara un'identità di soluzione. Quale questa si fosse, secondo Valente, non sappiamo: chè non possiamo da tale frammento, così avulso da ogni connessione con l'originario contesto, argomentare per il tema del calcolo della Falcidia ("eius servi aestimatio" può esprimere, per facile trasposizione, lo stesso concetto che "aestimatio hereditatis" nel § 1 seguente). Comunque è esclusa la necessità di ritenere che Valente, in caso di libertà condizionali, applichi la soluzione del valore venale, che non ci appare in altri giuristi¹⁾. Nè è da ritenere che un simile senso abbia acquistato nella compilazione, se si riflette che tra Paolo (si incertum sit... detraxit?) e Valente è stato lasciato Africano (Caecilio placebat...), il quale manifestamente esclude una stima e una liquidazione pendente condicione.

Ciò premesso, è evidente come all'interpolazione rilevata dai precedenti scrittori non rimanga che un valore puramente formale.

L'esegesi può raggiungere in ordine al fr. 36 § 4 qualche ulteriore e diverso risultato. Che il testo sia stato rimaneggiato, e frettolosamente rimaneggiato, a me apparisce soprattutto dalla grave incongruenza di cui è affetto. Vediamo infatti il trattamento del rapporto come sarebbe descritto da Paolo, a prescindere dalla forma interrogativa o affermativa. Nell'attivo ereditario non si calcolerebbe il servo manomesso sotto condizione, come se la condizione si fosse già verificata, e si farebbe di conseguenza la riduzione del legato puro e semplice (« interim Falcidia admittenda est »). Dipoi, verificandosi la condizione della libertà (« cum libertas competere vel deberi coeperit ») il legatario dovrebbe riavere dall'erede quanto gli fu defalcato a titolo di Falcidia (« tunc legatarius illam partem recipiat quam Falcidia detraxit »): in altri termini, il legatario dovrebbe avere un supplemento quando effettivamente si è verificata la diminuzione dell'attivo ereditario!

¹⁾ Dal modo com'egli cita il fr. 37 pr. di seguito al fr. 36 § 4 pare sicuro che anche il Ferrini, *Legati* 480, facesse questa stessa interpretazione.

L'assurdo è manifesto. Il Pampaloni, abbiamo visto, lo vuole eliminare proponendo una correzione per cui, in luogo di « cum libertas competere vel deberi coeperit », si legga « ... non coeperit » (198 n. 49). Ma non può sfuggire all'elegante critico che la frase, sicura e corretta così come ora si legge, sarebbe altrettanto contorta e insolita coll'emendamento.

La trama originaria nel testo, secondo me, si può scorgere appunto in quella proposizione « cum libertas competere vel deberi coeperit ». Se c'è taluno che, verificandosi la condizione apposta alle libertà, debba ricevere un supplemento (*recipiet*, con correzione nella F.), questi è l'erede, e non può essere che l'erede. Se Paolo in verità menzionava l'erede, in luogo del legatario, egli non faceva qui che porre una soluzione perfettamente consona a quelle da lui e dagli altri giureconsulti date nelle analoghe fattispecie sopra esaminate: si prescinde dai rapporti condizionali nell'accertamento della Falcidia, e se il rapporto si risolverà in una passività dell'asse, l'erede avrà un rimborso sui legati pagati, pel quale è costituita la cauzione quanto *amplius*.

Ora s'intende dove sia l'alterazione dei compilatori: s'intende la forma interrogativa, la quale è appunto diretta a preparare una soluzione opposta a quella che si leggeva nel testo di Paolo. Il frammento di Valente (37 pr.), collocato nella sede della Falcidia, avverte che il servo fedecommissariamente e sotto condizione manomesso nel calcolo dell'asse si consideri come lo statuliber. Ma il successivo frammento di Ermogeniano (38 pr.) dichiara che lo statuliber non si porta all'attivo dell'asse¹⁾. Il criterio sistematico dimostra dunque che, nella compilazione, il servo condizionalmente manomesso non si calcola all'attivo ereditario, e la Falcidia si detrae subito; nel sistema giustiniano, l'interrogativa « numquid ... interim Falcidia admittenda est » ha ricevuto una risposta affermativa. L'interrogativa « numquid » è stata dai compilatori introdotta in luogo della negativa « non »: « interim Falcidia admittenda non est ». Paul.

¹⁾ Herm. 1 iur. epit.: Statuliber heredis non auget familiam.

Il fr. originariamente si riferiva alla legge Fufia Caninia, ivi commentata dal giurista (Lenel, Herm. 8, e già VOORDA, *ad l. Falc. comment.* [Traiecti ad Rh. 1730], p. 142 sg.). Riferito al tema della Falcidia, va inteso con la limitazione, scaturente dagli altri testi, di cui un'eventuale successiva rifusione dell'erede ai legatari, deficiente condicione, resp. die non veniente.

Il resto del frammento può approssimativamente ricostruirsi:

Si incertum sit, an libertas praestari debeat, veluti quod sub condicione vel post tempus data sit, [] interim Falcidia admit-tenda *non* est, deinde cum libertas competere vel deberi coeperit, tunc *heres* illam partem recipiet quam Falcidia detraxit¹⁾.

Reso in una forma interrogativa il testo di Paolo, ma con senso affermativo (come i ffr. 37 e 38 chiariscono), i compilatori erano nella necessità di sostituire il *legatarius* all'*heres*, perchè al legatario doveva essere assicurato, in caso di detrazione iniziale della Falcidia, quell'e-ventuale supplemento che nel sistema del testo era riservato all'erede. La frettolosa correzione lasciò intatta l'ipotesi in cui al supplemento si fa luogo; ch'è quella in cui Falcidiae stipulatio committitur, anzichè quella in cui si commetta una cauzione dell'erede.

Le parole che seguono «Caecilio placebat cet.» sono una conferma di quanto Paolo secondo noi diceva, e dimostrano che Africano applicava lo stesso sistema. Africano infatti avverte che, nel fare il calcolo per l'applicazione della Falcidia, si imputino all'attivo ereditario (dove si detrarrà il valore del servo nel frattempo manomesso) quelle utilità che l'erede avrà ricavato dal servo nell'intervallo fra la morte del de cuius e il verificarsi della condizione ("si quid ex operis eius medio tempore consecutus fuerit")²⁾ Ciò che presuppone evidentemente che l'applicazione della Falcidia sia stata tenuta sospesa. Se la Falcidia, secondo la regola voluta qui dai compilatori, si detrae immediatamente come se la condizione fosse già verificata, non si potrà, in ponenda legis Falcidiae ratione, tener conto delle utilità che tuttavia l'erede potrà trarre *medio tempore* dal servo, perchè questo *medium tempus* è un'incognita, al momento in cui il calcolo è posto³⁾. Tale incongruenza è un'altra prova della trasfor-

¹⁾ «illam partem... quam Falcidia detraxit» intendi: quella parte ch'è dovuta, e si detrae, a soddisfazione della Falcidia.

²⁾ Del pensiero di Africano abbiamo anche la tradizione diretta, in analoga fattispecie di concorso di legato puro con legato condizionale (5 *quaest.*): D. h. t. 88 § 3, su cui vedi FERRINI, *Legati* 489 sg., PAMPALONI, 187 sg. e gli autori in essi citati.

³⁾ Si veda anche il testo citato alla nota che precede: «... legis Falcidiae ratio ita habenda erit heredi, ut viginti quinque conferre et debeamus», «... cum igitur triginta sint conferenda», «... ab utroque nostrum conferenda esse»,

mazione operata dai giustinianeî. Nel cui sistema l'avvertenza di Africano non potrebbe avere applicazione che in questo modo: verificandosi la condizione della libertà, dovrà assoggettarsi ad una revisione la primitiva liquidazione della Falcidia, per modo che si veda se, in conseguenza delle utilità ricavate medio tempore, l'erede non debba restituire al legatario qualcosa di quanto già ritenne a titolo di Falcidia; in caso di deficienza della condizione, manifestamente, è tutta la deduzione della Falcidia che cade.

L'alterazione dimostrata in questo testo è una splendida riprova dell'alterazione seguita nel testo di Gaio (fr. 73 § 1) e dell'esegesi per cui noi ritenemmo che il sistema ivi enunciato fosse esclusivamente quello per cui in caso di rapporti giuridici condizionali la Falcidia si computa senza tener calcolo di essi, rispettivamente nè all'attivo nè al passivo.

D. 35, 2, 11, 1. Pap. 29 quaest.

Si servus sub condicione libertate data vita decessit, si quidem impleta condicio quandoque fuerit, heredi non videbitur perisse: quod si defecerit, in contrarium ratio trahit, sed quanti statuliber moriens fuisse videbitur.

Di questo testo, non agevole nella sua apparente semplicità, ha dato una compiuta esegesi il Cuiacio¹⁾. Se il servo manomesso sotto condizione muore pendente condicione, si domanda se debba imputarsi al passivo o all'attivo dell'eredità, se di conseguenza i legatari concorrenti debbano subire in proporzione la detrazione della Falcidia, oppure no (« *heredi perit* », in quest'ultimo caso). Si pone una distinzione. Se dopo la morte dello statuliber la condizione si verifica,

«...ego quattuor, tu tres *conferamus*». Poichè costantemente si parla di quota che il legatario puro, verificata la condizione, dovrà conferire all'erede per integrarne la Falcidia, è evidente, da un lato, che non si era liquidata la Falcidia definitivamente secondo il sistema della stima pendente condicione, ma, d'altro lato, che neppure l'erede aveva preventivamente ritenuta la Falcidia sul legato puro, salvo un supplemento 'deficiente condicione', garantito da cautio. Anche Africano non conosce che il sistema secondo cui si prescinde dai rapporti condizionali pendente condicione, e si esige la cautio quanto amplius.

¹⁾ in lib. 29 quaest. Pap., ad h. l. (ediz. Prato 4, 1712). — ivi (col. 1710): « Adeo laborem multum in explicanda l. 11 ad l. Falcid., cuius singulis versibus singula sententia controversa significatur.

allora il valore del servo viene portato al passivo («heredi non videbitur perisse»), come se - dunque - vivo il servo si fosse verificata la condizione della libertà. Se la condizione manca, il valore del servo rimane all'attivo dell'eredità, e l'erede non lucra un'ulteriore quota di Falcidia («in contrarium ratio trahit»).

Anche questo testo, così interpretato, è consono alla regola per cui il rapporto condizionale non viene calcolato nell'asse agli effetti della Falcidia fino al verificarsi della condizione: nel qual caso, trattandosi di passività ereditaria, i legatari restituiranno quanto hanno ricevuto con lesione della Falcidia. Diversamente il Pampaloni (199) interpreta, nel senso che la riduzione del legato concorrente con quello di libertà siasi operata al momento dell'assegnazione del legato, e rimanga ferma se la condizione della libertà si verifica. Ma come può ciò conciliarsi coll'avvertenza, che segue, che il servo debba computarsi pel valore che ha al momento della morte («sed quanti statuliber moriens fuisse videbitur»)? La morte, in ipotesi, cade tra la prestazione dei legati e il verificarsi della condizione.

Le parole finali «sed quanti... videbitur» non sono affatto applicazione di un sistema diverso da quello presupposto nelle prime parole del testo di Papiniano: e precisamente, come il Pampaloni ritiene (199-200), del c. d. sistema proculiano per cui si dà luogo a una liquidazione immediatamente definitiva. Basterebbe ad escluderlo l'osservazione che si dice «statuliber *moriens*», cioè al momento della morte, ch'è, in ipotesi, momento diverso da quello della liquidazione della Falcidia. Anche nel sistema fin qui esaminato, nel così detto sistema delle cauzioni, è necessario stabilire con quale criterio si computa una data variazione, sopravveniente per verificarsi di condizione, nell'asse ereditario.

Secondo me, dunque, l'interpolazione segnata dal Pampaloni delle parole «sed quanti... - videbitur», evidente in sè e per la maldestra riconnessione, non ha che un valore prettamente formale di fronte all'interpretazione che abbiamo sopra posto. Da un altro punto di vista, essa può rappresentare un'espressione della nota tendenza bizantina di curare l'equilibrio dei patrimoni: contro la soluzione, voluta dal rigore della logica, che anche lo schiavo venuto a morte si calcoli, in un'eventuale revisione della Falcidia, come servo, e pel valore che aveva alla morte del *de cuius*, si pone il duplice temperamento di

una stima come statuliber e pel valore che aveva alla morte propria¹⁾.

Fin qui ho tratto dal testo - come ci è dato - gli elementi che offre per la nostra dottrina. Ora posso aggiungere ch'esso mi sembra per gran parte un elaborato triboniano. Secondo me, Papiniano non avrebbe scritto che questo:

Si servus sub condicione libertate data vita decessit, heredi videbitur perisse.

E cioè: se il servo che, in pendenza della condizione, è rimasto imputato all'attivo ereditario, muore, l'erede ne risente il danno: cioè non potrà chiedere una revisione della Falcidia. E, in verità, la condizione della libertà non si è verificata. Come si potrà dire, rispetto a un morto, che si è verificata la condizione della sua libertà (« impleta condicio quandoque »)? A parte tutti quei casi in cui al verificarsi della condizione può essere necessaria se non l'attività la vita del titolare del diritto condizionato, rimane sempre che due termini sono logicamente e giuridicamente necessari perchè una condizione (ch'è un avvenimento in un dato rapporto con un diritto) si verifichi: l'avvenimento e il diritto; e questo non c'è, se è morto il titolare²⁾. La cosa è più evidente se si considera il caso parallelo del termine (nel fr. 36 § 4 h. t. vedi appunto abbinate le ipotesi « cum possit aut servus mori aut condicio deficere »).

Ora si confronti il § 1 così restituito col § 4 nella proposizione che precede l'interpolazione:

Si servus testamento manumissus ante aditam hereditatem decedat, heredi [quidem] perisse intellegitur [: sed cuius pretii cet. intp.].

Qui è la conferma del pensiero e della soluzione di Papiniano: il giurista classico vuole che il servo figuri all'attivo, ed evidente-

¹⁾ Analoga interpolazione eod. § 4, avvertita dal Pampaloni 199 n. 55.

²⁾ Papiniano stesso (28 quaest.) in analoga ipotesi (prigionia di guerra):

D. 36, 3, 5 pr. Postquam heres ab hostibus captus est, condicio legati, cuius nomine proposita stipulatione (scil. legatorum servandorum causa) cautum fuerat, extitit: fideiussores interim teneri negavi, quia neque ius neque persona esset, ad quam verba stipulationis derigi possint.

mente pel suo valore di servo, che aveva al momento della morte; i giustinianeî coll'aggiunta capovolgono il testo, perchè portarlo all'attivo pel valore di zero (« si viveret, non aestimaretur ») vale evidentemente dire che non perisce all'erede, ma all'eredità, agli effetti della Falcidia¹⁾.

La distinzione « si quidem impleta condicio... » « quod si defecerit... » nel § 4 è, nell'ipotesi della morte, un bizantinismo, che fa degna introduzione al criterio di stima che i compilatori vollero insinuare. Parve loro iniquo che l'erede dovesse patire un danno che non avrebbe avuto, verificandosi, come si è verificata, la condizione, se lo statuliber fosse ancora vissuto; come parve loro iniquo che, dal momento che il servo è morto, i legatari contribuissero per esso all'erede pel valore di servo anzichè di statulibero.

Neppure manca qualche indizio linguistico (pel « in contrarium ratio trahit » cf. D. 23, 2, 60, 2 intp. (Ascoli-Krüger) e simili locuzioni in generale sospette).

D. 35, 2, 53. Celsus 17 dig.

Si propter ea, quae sub condicione legata sunt, pendet legis Falcidiae ratio, praesenti die data non tota vindicabuntur.

Se i legati condizionali lasciano prevedere, pel caso di verificarsi della condizione, una lesione della Falcidia, i legati puri non saranno rivendicati per intero.

Ne scaturisce una regola opposta a quella fin qui rilevata negli altri testi della materia (Giuliano, Pomponio, Africano, Gaio, Papiniano, Paolo, Ulpiano, nei ffr. sopra esaminati). La riduzione dei legati puri, per l'eventuale onere dei legati condizionali, non è rimessa al verificarsi della condizione, e garantita dalla cautio quanto amplius dei legatari, ma va immediatamente operata. L'intentio della formula nell'azione del legatario è ad una parte del legato, non all'intero legato.

Si è proposto un emendamento del testo, per cui questo verrebbe messo all'unisono cogli altri; «... *tamen* tota vindicabuntur », in luogo di « non tota vindicabuntur » (Gothofr. dà in nota questa va-

¹⁾ E così, infatti, i greci. CYR. sch. το ἐλευθερίχ IV 96: «... τῇ κληρονομίᾳ ἀπώλλυται»; BAS. 41, I, 11 § 4 «... οὐδεμίαν ἐπιτέχεται διατίμησιν ».

riante, riferendola a 'veteres, Goveanus' ¹⁾); cfr. Schulting-Smallenburg ad h. l.). Ma la lezione della Florentina è confermata dai Basilici (« οὐκ ἐκδικοῦνται... εἰς ὁλόκληρον », 41, 1, 52) e da uno scolio di Cirillo (« μειοῦται τὰ ποῦρα » = pura (sc. legata) minuuntur, IV 113).

Il tipo di legato, al quale il testo ha riguardo (leg. per vindicationem), non vale a giustificare, con particolari ragioni, la soluzione diversa. Il legatario può essere costretto alla prestazione della cauzione quanto amplius, così nel caso che il suo diritto abbia carattere reale, come nel caso che abbia carattere obbligatorio (D. 35, 3 si cui plus 1, 7: Iulianus denique scribit [] non aliter legatorum, quae pure data sunt, *actionem dari* debere, quam si cautum fuerit heredi (reddi) 'quanto amplius quam per legem Falcidiam licuerit, ceperit'); e la concezione della cautio è tale, che comprende così l'ipotesi di legato acquistato per vindicationem, che di legato acquistato per soluzione dell'eredità (cfr. Lenel, Ed.² 512).

Che il frammento celsino sia interpolato non dimostra, nè consente di dubitare, alcuna ragione sia esterna che interna.

Celso applicava un sistema diverso da quello degli altri giureconsulti. Ecco rintracciato il dissenso di cui è menzione in Gaio (fr. 73 § 1) ²⁾.

Posto che commette una *plus petitio* il legatario d'un legato certo, soggetto a riduzione, il quale lo domandi per intero, è evidente l'importanza che ha il determinare quale calcolo si debba fare dei legati condizionali imposti all'eredità, e analogamente dei debiti condizionali. Su questo punto vi fu dubbio (*magna dubitatio*) tra i giuristi romani: ritenendo alcuni che tali legati dovessero esser considerati nel passivo ereditario e indurre tosto una riduzione dei legati concorrenti, con la rigorosa conseguenza della *plus petitio* in caso diverso ³⁾; rite-

¹⁾ GOVEAN., *Opp.* (ed. cit.) p. 545.

²⁾ Il fr. 73 § 1 attesta sicuramente un'antica divergenza: nelle parole « magna dubitatio fuit », di cui neppure una tendenza critica estrema potrebbe far dubitare, e nelle parole « hoc iure utimur ».

Sebbene una soluzione sia data da Celso, e l'opposta da sabiniani, come Giuliano e Gaio, in mancanza di ulteriori dichiarazioni delle fonti, non credo necessario risalire a una controversia delle scuole proculiana e sabiniana.

³⁾ Nè è probabile che, in caso di legato per vindicationem, il legatario potesse intentare una *vindicatio incertae partis*: D. 5, 4, 1, 5 intp. Elsele-Krüger, cfr. Gai 4, 54.

nendo altri che tali legati non dovessero considerarsi prima del verificarsi della condizione, e ammettendo di conseguenza l'azione pel legato integrale, salvo la prestazione di cauzione all'erede.

Ora sappiamo esattamente quale possiamo chiamare sistema di Giuliano (per designarlo col nome del più antico autore che lo esprime), e a quale altro si contrapponga.

Fra il sistema di Giuliano e il sistema di Celso il contrasto era finito ai giorni di Gaio, così questi ci dice. I grandi giuristi del terzo secolo non conoscono e non applicano, infatti, che il sistema di Giuliano. Il commento ulpiano all'editto tratta della nostra questione sotto la rubrica « *si cui plus quam per legem Falcidiam cet.* » (D. 35, 3, 1 §§ 7-8 Lenel 1711; D. 35, 3, 3 § 3 Lenel 1715). Nessun cenno se ne ha nei vari commentari in corrispondenza della rubrica editale « *legatorum servandorum causa* »; sebbene di quest'ultima cautio avrebbe dovuto verosimilmente farsi uso (e così il Pampaloni ritiene, 185 e passim) applicando il sistema di Celso¹⁾.

Ma il sistema di Celso non è spiaciuto ai giustinianeî. I quali ne hanno tentata un'applicazione nel fr. 36 § 4, in tema di libertà condizionali, e l'hanno voluto richiamare e, col loro semplicismo legislativo, dichiarare di indifferente applicazione, nel testo principe della materia, nel testo gaiano dove tutta la dottrina è esposta, al fr. 73 § 1²⁾.

¹⁾ Poiché dei tre testi che contengono il sistema celsino, nè quello che può ritenersi genuino (fr. 53), nè quelli alterati dai compilatori (fr. 36 § 4, fr. 73 § 1), danno notizie o indizi al proposito, non può neppure dirsi come particolarmente il sistema fosse congegnato nei rispetti della garanzia del legatario. La cauzione *legatorum servandorum* era concepita, in verità, in termini tali che non pare potessero abbracciare il nostro caso: «... quibus diebus Lucius Titius (*testator*, Ulp.) dari fieri voluit, his diebus dari fieri... » (Lenel Ed.² 514, cfr. 356).

²⁾ È considerato nei testi il caso, al quale il Pampaloni si riferisce (185, 190, 205), che il legatario *non possa* prestare la cauzione. In termini tali, che possono di per sè stessi valere ad escludere che fosse posta in linea di principio l'alternativa del pagamento integrale o della riduzione provvisoria.

D. 35, 3 si cui plus 6. Callistr. 4 de cognit.

Cum non facile satisfactionem offerre [legatarius vel] fideicommissarius possit et futurum sit, ut propter hoc a petitione (fideicommissi) [liberalitatis ex testamento, cfr. D. 31, 67, 1 intp., Iust. Longo Voc. s. v. liberalitas] submoveatur (*F*², submoveantur *F*), numquid onus satisfactionis ei (*F*², eis *F*) remittendum erit? quod videtur adjuvari rescripto divi Commodi in haec verba: 'is, cuius de ea re notio est, aditus si compererit ideo cautionem a te



Il dissenso dei classici nei termini sopra rilevati non era stato fin qui avvertito dagli scrittori. Un'altra controversia si affermava nel nostro tema. Di essa sarebbe documento

D. 35, 2, 45, 1. Paul. 60 ed.

In his legatis, quae sub condicione relicta sunt, Proculus putabat cum quaeritur de lege Falcidia, tantum esse in legato, quanti venire possunt: quod si est, et deductio sic potest fieri, ut tantum videatur vi deberi, quanti nomen venire potest, sed haec sententia non probatur: cautionibus ergo melius res temperabitur.

In base a questo testo si è ritenuto che il sistema, per cui si computa il rapporto condizionale per il suo valore venale pendente condicione, e si dà luogo a un calcolo definitivo della Falcidia, risalga a Proculo. Al sistema proculiano si contrapporrebbe il sistema delle cauzioni, che taluno denomina da Cassio (arg. D. 35, 2, 31), taluno da Giuliano (cfr. D. 35, 3, 1, 7), ma inteso a quel modo per cui comprenderebbe la possibilità di una doppia soluzione; e cioè appunto delle due opposte soluzioni che noi abbiamo visto esser proprie rispettivamente di giureconsulti della scuola sabiniana e di giureconsulti della scuola proculiana.

Del contrasto dei giuristi classici, in quanto gli uni preferissero il sistema della stima pendente condicione e gli altri il sistema delle cau-

exigi, ut a fideicommissi petitione avertaris, onus satisfactionis tibi remitti curabit'.

Occorre dunque la cognitio dell'autorità investita della persecutio fideicommissi, per ottenere la remissione dell'obbligo della cauzione. E questa stessa remissione si riconnette a rescritti imperiali. A quello di Commodo, citato da Calistrato, è da ravvicinare il seguente, di Caracalla.

C. 6, 47 de usuris et fruct. 2.

Adversus eos, qui sub obtentu legis Falcidiae legata morantur, notissimum est iuris auxilium. Si igitur proposita stipulatione cavere cum satisfactione potestis vos restitutos, quanto amplius quam per eam legem licet acceperitis, iudex qui fideicommissis ius dicit solida vobis legata praestare iubebit. Quod si satisfactionem implere non potueritis, arbitro dato diem vobis praefiniet, intra quem altera parte cessante partibus suis fungetur. cet.

zioni, dicono espressamente, a mo' d'esempio, e taluni richiamandosi alla diversità delle due scuole, Cuiacio in lib. LX Paul. ad ed. h. l. (ed. Prato 5, 1257), D. Gothofr. ad l. 73 h. t. note o) q) r), B. Chesius, de differ. iuris c. 81 n. 7 (Iurispr. rom. et att. II 358); tra i moderni Fritz in Grolman u. Löhr's Magazin IV 322, Rosshirt, Vermächtn. I 545, Amann, Berechnung der Falcidia 76, Ferrini, Legati 474, n. 2, 3, e infine diffusamente il Pampaloni 180 sgg. 1).

Intanto non può non apparire singolare la tradizione di questa controversia, nella quale - stando anche agli espressi rilievi degli scrittori che la espongono - i maggiori e più significativi rappresentanti dell'una scuola seguirebbero e propugnerebbero il sistema dell'altra scuola. Gaio, il più ligio ai veteres, avrebbe accolto l'opinione proculiana²⁾; Celso, il più cospicuo rappresentante della scuola avversa, avrebbe consentito con Giuliano³⁾; Aburnio Valente, sabiniano, avrebbe applicato il sistema proculiano⁴⁾. Evidentemente, ammesse queste posizioni, era da cercare altrove la controversia. Ma veniamo a un più intrinseco esame.

Il fr. 45 non si riferisce alla legge Falcidia: il commentario paulino, al lib. 60, è relativo alla rubrica editale «quemadmodum a bonorum emptore vel contra eum agatur» (Lenel Ed.² 411 sg., Paling. I col. 1077 sgg.); nel fr. 45 doveva evidentemente parlarsi del regime

¹⁾ Deve essere rilevato, dato il carattere eminentemente critico dell'opera, come il PEROZZI, *Istituzioni* II 553 non faccia luogo all'esposizione del sistema della stima pendente condicione.

²⁾ P. 200 «In modo contrario all'avviso dei suoi grandi contemporanei, ma conforme tuttavia a quello dei corifei ultimi della scuola sabiniana, Gaio accoglieva l'opinione di Proculo». - Cuiacio scioglieva artificiosamente la difficoltà dichiarando, l. cit. 5, 1258 «Caius... cum huic rationi, quam Sabiniani magis probant, posteriorem locum dederit, magis ipse etiam approbare videtur»; parimenti Gothofr. ad l. 73 § 1 nota r.

³⁾ P. 183 n. 20 «Può solo far meraviglia che Celso si sia trovato d'accordo con Giuliano nel dissentire da Proculo». - Cuiacio, l. cit. (5, 1257) e Gothofr. ad l. 53 h. t. (cfr. Govean. l. c. 534, 545) citano Celso come seguace dell'opinione di Proculo; ma non c'è nulla nel suo testo che faccia pensare al sistema della stima pendente condicione; anzi la formulazione della protasi «si... pendet legis Falcidiae ratio» lo esclude assolutamente; finchè ci sono legati condizionali, è sospeso il calcolo definitivo della Falcidia. Cfr. anche Viviano nella Glossa ad h. l.

⁴⁾ P. 198 «... Aburnio Valente, uno degli ultimi capi della scuola sabiniana; il quale si chiarisce così seguace dell'opinione di Proculo». Secondo noi questo minuscolo frammento di testo non va necessariamente riferito al sistema della stima pendente condicione: vedi sopra pag. 61 sgg.

dell'*actio rutiliana*. Alcune restituzioni in questo senso sono già state accennate dal Lenel, avvertendo che Paolo si riferiva all'*agere cum deductione* (Ed.² 412). Pel pr. del frammento Lenel (Paling. 724·richiama Gai 4, 67: « Item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur ». L'avvertenza ch'era posta riguardo al caso di debito a termine nella deductio propria dell'a. rutiliana¹⁾, è trasferita al tema della Falcidia; dove, come si sa, trova anche altra volta espressione. Pel § 1, dopo le parole « et deductio », Lenel avverte « sc. in actione Rutiliana ».

Su questa via rimane da completare la critica del frammento. Di legati condizionali poteva parlarsi da Paolo come di diritti contrari dei debitori del patrimonio venduto. In tal caso la ricostruzione è abbastanza evidente:

In his legatis, quae sub condicione relicta sunt, Proculus putabat tantum esse quanti venire possunt.

Col riferimento alla legge Falcidia (« cum quaeritur de lege Falcidia ») cade l'aggiunta « in legato », discordante dall'altro complemento, pur così prossimo, « in his legatis », e dal verbo plurale « venire possunt; quest'interpolazione è innegabile. L'argomento *ex rubrica* si cumula con quest'argomento testuale per fare escludere, dunque, che l'opinione di Proculo, riferita nel frammento paolino, avesse tratto alla nostra questione.

La proposizione che segue « quod si est... - venire potest » meglio ancora rivela l'originario riferimento alla deductio nell'a. rutiliana: il debitore del patrimonio venduto potrà ottenere la deductio pel valore venale del suo credito condizionale. Potrebbe anche contenere, in verità, l'unico nucleo genuino del paragrafo. All'intervento compilatorio può essere dovuta qualche ineleganza di forma che si ravvisa nel testo (p. es. il « quod si est » iniziale) e qualche incertezza nella lezione attuale (« vi deberi »: Bynkershoek Obs. vii, 25 cancella *vi*, come derivato dalla ripetizione della prima sillaba di *videatur*; la Vulg. e Hal. hanno invece *inde*; cfr. gr. τῇ δυνάμει, locuzione richiamata tuttavia da Cuiacio ad h. l. per appoggiare la lezione

¹⁾ Verosimilmente in questi termini:

(In actione rutiliana) [] habetur pro puro quod in diem relictum est.

La proposizione che segue può essere stata aggiunta in relazione alla Falcidia, così come può essere stata nel testo di Paolo, relativo alla deductio: (sed) medi [] temporis commodum computatur.

della Florentina). Riferita alla legge Falcidia, la proposizione dovrebbe significare che il debito condizionale si porta al passivo ereditario pel suo valore venale. La redazione non è la più chiara in questo senso: tant'è che il Pampaloni, il quale ritiene questo senso, ambedue le volte che cita il testo aggiunge a chiarimento, dopo *deductio*, scilic. *aeris alieni* (181 n. 3, 190 n. 32); e così spiegava Cuiacio (ad h. l., ed. Prato 5, 1257).

La proposizione che segue «sed haec sententia non probatur», non può dirsi con sicurezza se spetti al testo originario di Paolo, poichè non abbiamo maggiori particolari sull'*agere cum deductione* nell'a. rutiliana. È assai verosimile che vi fosse 1); se si riflette che i compilatori hanno sanzionato in altra sede (fr. 73 § 1), rispetto alla Falcidia, il sistema della stima pendente condicione, e sarebbe davvero strano che qui essi, di loro iniziativa, avessero voluto dichiarare la loro disapprovazione.

Consideriamo più dappresso le due proposizioni finali, per l'importanza sistematica che vi si riconnette.

sed haec sententia non probatur
cautionibus ergo melius res temperabitur.

È già stato ritenuto che l'ultima proposizione «cautionibus... - temperabitur» sia un emblema (Pernice, Labeo II² 1, 292, n. 1 (?), Riccobono, Riv. ital. 21 (1896), 397 n. 1; Pampaloni 183 n. 11); ma l'emblema non ha e non può avere qui che un valore formale (conforme Pampaloni ibid.), date le parole che precedono. Rimane che i giustinianeî respingono il sistema della stima pendente condicione, cui pure altrove dànno la loro sanzione. Ne verrebbe un'antinomia (di cui

1) APPLETON, *Compensation* 216, che tratta il fr. 45 come sostanzialmente e formalmente genuino, solo mantenendo il riferimento delle proposizioni «quod si est sqq.» alla deductio del bonorum emptor, ritiene genuine, e cioè scritte in ordine alla deductio, anche le due proposizioni finali; non solo la disapprovazione al sistema di Proculo, ma anche il richiamo al sistema delle cauzioni: «... le bonorum emptor obtiendra condamnation intégrale, moyennant qu'il s'engage à payer intégralement aussi la créance du défendeur, si la condition à laquelle elle est subordonnée se réalise». E in questo senso potrebbe citarsi il fr. 17, 2, 28, secondo la critica di Appleton 213 sg. Se così fosse, il testo per intero, compresa l'ultima proposizione, sarebbe stato dai compilatori trapiantato da un campo all'altro. Ma per ragioni formali, come dirò dopo, mi pare da ritenere dei giustinianeî la proposizione «cautionibus ergo...».

i precedenti scrittori non si sono forse a sufficienza occupati), se non si potesse trar profitto, anche a questo riguardo, della critica sopra operata del testo.

Secondo me la chiusa «sed haec sententia cet.» tiene dal modo di interpolare proprio dei bizantini. Essi toccano meno che possono del testo originario. Il testo è trapiantato dalla dottrina della bonorum emptio alla dottrina della Falcidia; e, salvo le poche, anche insufficienti, modificazioni viste, è trascritto fino a tutte le parole «sed haec sententia non probatur». Ma questa disapprovazione assoluta non è nell'intendimento dei compilatori, rispetto alla nuova questione; lo dice la forma dell'inciso ch'essi aggiungono «cautionibus... melius res temperabitur», ch'è una limitazione e un chiarimento del precedente diniego. Peraltro non è inverosimile che l'ultimo inciso «cautionibus ergo...» si debba a una successiva opera di revisione e di coordinamento. Il sistema della stima pendente condicione, lo vedremo, è introdotto dai compilatori in un testo della massa sabiniana (fr. 73 § 1, h. t.¹). Il fr. 45 spetta allo spoglio della massa editale. La commissione relativa può aver espresso o mantenuto il disfavore a una soluzione ignota a tutti i commentari editali, in cui era invece svolto e illustrato il sistema delle cauzioni. In una fase di coordinamento, il diniego, non più in armonia con altri passi della compilazione, può essere stato attenuato in quel modo affrettato «cautionibus ergo...». Ma se nessuna di queste ipotesi si voglia accogliere, resta il fatto che il fr. 45 è uscito dall'opera di una commissione diversa da quella che ha escerpito e manipolato gli altri passi che vedremo in seguito (fr. 73 § 1, fr. 82); argomento questo che non può essere dimenticato nella critica di un'opera, in cui il lavoro di coordinamento non può essere stato, di necessità, che deficiente e affrettato²).

¹) Anche il fr. 82 h. t., ov'è applicazione dello stesso sistema, in ipotesi tuttavia diversa, appartiene alla massa sabiniana. Vedi in seguito.

²) A questo criterio delle masse nella diagnostica delle interpolazioni, il quale è legittima applicazione dell'ipotesi bluhmiana, io fui già richiamato in altro caso che ritengo non meno significativo (*Misc. crit.* I 32). L'ALBERTARIO, che pure ne ha fatto alcune applicazioni, prometteva di studiarne un'applicazione sistematica (*Filangieri*, 1911, n. 3-4, p. 10 dell'estr.).

Quanto all'ipotesi di un Digesto pregiustiniano, novellamente presentata, con tutte le lusinghe di una rara erudizione e di talune acute osservazioni, nella

D. 35, 2, 82 Ulp. 8 disp.

Quaerebatur, cum is, qui solum in nomine quadringenta in bonis habebat, ipsi debitori liberationem, Seio autem quadringenta legaverit, si debitor vel solvendo non sit vel centum facere possit, quantum quisque habeat interventu legis Falcidiae. dicebam legem Falcidiam ex eo quod refici ex hereditate potest quartam heredi tribuere, residuum dodrantem inter legatarios distribuere. quare cum nomen minus solvendo est in hereditate, eius quod exigi potest pro rata fit distributio, "residui venditio facienda est, ut id demum in hereditate computetur, quanti nomen distrahi potest" ¹⁾. sed cum debitori liberatio relinquitur, ipse sibi solvendo videtur et quod ad se attinet, dives est: quippe si ei mortis causa accepto feratur id quod debet, quadringenta cepisse videbitur, licet nihil facere possit: sensisse enim ²⁾ liberationem plenam videtur, quamvis nihil facere possit. si soli ei liberatio relicta est, et ideo ³⁾ Falcidia interveniente trecenta accepto illi ferri debent, residua centum durabunt in obligationem et si quidem facere posse coeperit, exigentur ab eo dumtaxat usque ad centum ⁴⁾. idemque erit dicendum, et si mortis causa accepto ei quadringenta ferantur. unde eleganter dicitur acceptilationem in pendent fore, ut, si quidem mortis tempore quadringenta tota ⁵⁾ inveniantur in trecenta valeat acceptilatio: si vero praeterea aliquid inveniantur quod quadrantem suppleat heredi, in quadringenta acceptilatio proficiet. quod si debitor iste quadringentorum dumtaxat centum facere potest, quia sibi solvendo est, necesse habebit centum refundere. cum igitur debitor sibi solvendo sit, eveniet, ut, si herede aliquo instituto ipsi debitori liberatio et alii quadringenta legata sint, si quidem solvendo sit debitor, centum quinquaginta ex trecentis retineat, alia centum quinquaginta legatario praestentur, heres

recentissima comunicazione di PETERS, *die oström. Digestenkommentare u. die Entstehung der Digesten* (Berichte d. Leipz. Wiss. Ges., Phil.-hist. Klasse 1913, Bd. 65, Heft. 1), non spiacerà al valente collega se, almeno nei limiti in cui è stata enunciata, non me ne dichiaro convinto.

¹⁾ « » Trib. Pampaloni 193.

²⁾ etiam Voorda (Schulding-Smallenburg ad h. l.).

³⁾ et ideo, si soli ei liberatio relicta est Mo.

⁴⁾ dumtaxat usque ad centum del. Voorda (Krüger), gloss. Lenel 144

⁵⁾ tantum Mo.

centum habeat: sin vero centum tantum facere possit, heredi ex refecto quarta servanda est: sic fiet, ut centum, quae praestari possunt, in quattuor partes dividantur, tres partes ferant legatarii ¹⁾, heres viginti quinque habeat, debitor, qui solvendo non est, secum centum quinquaginta compenset. «de residuis centum quinquaginta, quae exigere non possunt, venditio fiet nominis idque, quasi solum in bonis fuerit, repraesentatur» ²⁾. quod si nihil facere debitor potest, aequè in centum quinquaginta accepto liberandus est: de residuo venditionem nominis faciendam Neratius ait, quod et nos probamus ³⁾.

L'esegesi di questo testo compiuta dal Pampaloni (193 sg.) conduce a questo risultato: interpolate sono le proposizioni « residui venditio... - distrahi potest », « de residuis... - repraesentatur », segnate con uncini nella precedente trascrizione; « quod non probatur » avrebbe scritto infine Ulpiano, in luogo di « quod et nos probamus ». Ulpiano, riferendosi al caso di un credito di incerta esazione, avrebbe soltanto affermato che nell'eredità si calcola ciò che dal credito si può ricavare; con ciò non avrebbe inteso di pregiudicare il trattamento ulteriore del credito, fosse o no possibile in principio un pagamento parziale di esso. La soluzione posta negli incisi espunti, per la quale si deve tener conto del valore venale, o in riguardo all'intero credito, o in riguardo a ciò che si avanza dopo un pagamento parziale ottenuto al primo momento, sarebbe stata sulla fine bensì riferita da Ulpiano come opinione di Nerazio, ma da lui disapprovata. Con ciò, non Ulpiano, ma i compilatori, avrebbero fatto ricorso al sistema del valore venale in un'ipotesi che è assimilata a quella dei crediti condizionali. Però già Nerazio sarebbe stato di quest'avviso.

Noi desideriamo rifare l'esegesi del testo. Non c'è dubbio che la lunga disputatio di Ulpiano abbia segni di corruzioni ⁴⁾, ma queste sono, almeno nei limiti in cui possiamo riconoscerle, piuttosto di forma che di sostanza.

¹⁾ ferat legatarius *Mo.* (cfr. Schult.-Small, h. l. « unus hic tantum est; e già la Glossa h. l. (Accursio e Viviano).

²⁾ < > *Trib.* Pampaloni 194.

³⁾ quod et nos probamus *Trib.* (quod non probatur *Ulp.*) Pampaloni, 194-195 (Krüger¹²⁾; † Beseler II, 5.

⁴⁾ Vedi gli emendamenti riportati nelle note precedenti.

Il testo pone la questione: dato un asse costituito da un credito di 400, disposto un legato di 400 a favore del debitore (legato di liberazione), un legato di 400 a favore di Seio, ritenuto che all'eredità spetti la Falcidia, quanto avrà ciascuno (debitore, Seio, erede), se il debitore è insolubile o solvibile solo fino a 100?

Lo sviluppo della soluzione, che non è certo dei più snelli ed ordinati, segue attraverso queste proposizioni:

a) di quello che è l'attivo dell'eredità ([*id*], quod ex hereditate refici potest) $\frac{3}{12}$ spettano all'eredità, $\frac{9}{12}$ ai legatari [*Dicebam cet.*];

b) quando c'è un credito minus solvendo, si fa pro rata (nel modo visto in a) la distribuzione di quel tanto che si può riscuotere; il resto inesigibile si vende, e si computa all'attivo ereditario pel valore venale [*quare cet.*];

c) ma il debitore onorato del legato di liberazione, sebbene insolubile, nei rispetti del suo credito per virtù della liberazione diviene solvibile; è nella condizione di colui a cui è stato accettato mortis causa (le parole « *sensisse . . . - possit* » mi sembrano un glossa) [*sed cum cet.*];

d) pertanto, se l'eredità non fosse gravata che del legato di liberazione di 400, a favore del debitore di 400 insolubile, l'eredità dovrebbe accettare 300 a costui, e i 100 dovuti a titolo di Falcidia rimarrebbero credito dell'eredità; il quale li esigerebbe, quando divenisse solvibile il legatario [*si soli cet.*];

e) lo stesso è da dire se si tratti di una diretta accettazione del testatore (m. c.) per 400; se l'asse ereditario non sarà che di quei 400, l'accettazione varrà per 300; varrà per tutti i 400 se l'asse sarà tale da non esser lesa per questo legato la quarta dell'eredità [*idemque cet.*];

f) se, invece che insolubile, il legatario della liberazione, è solvibile soltanto fino a 100, dovrà prestare i 100 all'eredità (= $\frac{1}{4}$) [*quod si cet.*];

g) si riproduce la questione con cui il testo si apre (credito di 400; liberatio leg. di 400; legato di 400) [*cum igitur cet.*], scindendo però tre ipotesi: α) se il debitore è solvibile, ritiene 150, 150 saranno prestati al collegatario Seio, 100 spettano all'eredità [*si quidem cet.*]; β) se il debitore è solvibile fino a 100 soltanto, di questi 100, che sono immediatamente realizzabili, l'eredità dovrà avere $\frac{1}{4}$; quindi

dei 100 si faranno quattro parti; tre ne avranno i legatari (cioè il debitore e Seio, $\frac{3}{4}$ ciascuno), una l'erede (= 25); dei 300 che il debitore non può rappresentare, 150 rimarranno ad esso come la quota che pel legato gli compete sui 400, gli altri 150 saranno venduti come oggetto di credito, e il prezzo di vendita sarà portato all'attivo ereditario, per l'ulteriore computo del legato di Seio e della Falcidia ¹⁾ [*sin vero* cet.]; γ) se il debitore è insolubile, l'erede accetterà per 150; degli altri 250 si venderà il credito, e sul prezzo si calcoleranno, in proporzione, il legato di Seio e la Falcidia [*quod si nihil* cet.].

Agevole, ma non altrettanto proficua per probabilità di risultati dogmatici, sarebbe la critica di questa legge; se si applicassero i criteri della critica linguistica e stilistica, forse molte altre proposizioni cadrebbero oltre quelle espunte dal Pampaloni. Noi ci terremo alle ragioni d'ordine sostanziale, su cui ha argomentato l'insigne critico.

Nel testo ulpiano si fa il caso di un legato di debito d'incerta esazione, che concorre con un altro legato [*Quaerebatur* . . . - *facere possit; cum igitur* cet.; nelle ipotesi β e γ]; dei vari casi nel testo esaminati è questo che presenta dell'analogia col caso di un credito ereditario condizionale, del quale debba decidersi il trattamento agli effetti della Falcidia ²⁾.

Il trattamento usato rispetto ai *crediti condizionali* a noi è noto

¹⁾ È evidente come per virtù della soluzione qui posta (β), e della soluzione del caso seguente (γ), il debitore venga ad essere favorito nella realizzazione del suo diritto più del collegatario Seio e dell'erede. In β egli riceve $\frac{3}{4}$ di 100 (= 75) + 150; Seio riceve $\frac{3}{4}$ di 100 (= 75) + $\frac{1}{4}$ di x (dove x , valore venale del residuo credito, può anche essere uguale a 0); l'erede riceve 25 + $\frac{1}{4}$ di x . In γ il debitore riceve 150; Seio $\frac{3}{4}$ di x (x = valore venale del credito di 250), l'erede $\frac{1}{4}$ di x . Il testo, che impone questa interpretazione, si è voluto emendare: vedi nota 1 a pag. 30. E sulla base dell'emendamento, FERRINI, *Legati* 482, ha una divergenza di calcolo nell'ipotesi β (anche JENSJUS, *Stricturae ad Pand.* h. I. [ed. Rotterdam 1749, p. 344]). La ragione del diverso trattamento finale (il quale deve riconoscersi anche nell'ipotesi γ) è nella condizione del debitore che può opporre in compensazione, rilevata nel testo stesso: il debitore insolvente, onorato della liberazione, « ipse sibi solvendo videtur »; su di che anche APPLETON, *Compensation* 537.

²⁾ Che da Ulpiano stesso risulti com'egli non intendesse riferirsi al valore venale del credito, non si può dire, secondo me, che apparisca dalle parole « residua centum durabunt in obligationem et si quidem facere posse coeperit, exigentur ab eo, dumtaxat usque ad centum » (Pampaloni 194). Perchè questa soluzione si riferisce ad un'ipotesi diversa da quella che noi studiamo, nella quale non c'è concorso di legatari rispetto ai quali si debba liquidare la Falcidia (vedi sub *d*).

attraverso il testo gaiano, fr. 73 § 1 h. t., nella parte di cui sopra abbiamo già compiuta l'esegesi (... caveant, ut existente condicione ... heres reddat, quanto minus solverit): il credito condizionale si considera inesistente, nel computo per la Falcidia; si dà cauzione al legatario pel caso di verificarsi della condizione. Altre, o diverse, testimonianze non abbiamo; tranne l'indiretta di Marcello, nelle parole finali del fr. 56 § 1 h. t. («... ex post facto uberiores fuisse hereditatem, sicuti cum condicio crediti extitit post mortem»), le quali, se pure derivassero da qualche interpolazione, com'io dubito, non esprimerebbero - rispetto al credito ereditario - nessuna differenza del diritto giustiniano dal diritto classico.

Che cosa si fa nel caso che nell'eredità si trovi un *credito di incerta esazione*, anzichè un credito sotto condizione?

D. h. t. 63 § 1 Paul. ad l. Iul. et Pap.

Cuius debitor solvendo non est, tantum habet in bonis, quantum exigere potest.

Risulta *ex rubrica* che Paolo ha scritto queste parole in ordine alle regole di diritto successorio della legge Giulia e Papia (cfr. Lenel 937); i compilatori le hanno portate nella sede della Falcidia. Dato ciò, non si sarebbe troppo disposti a conferir loro un valore decisivo per la nostra questione. Comunque, è detto che tali crediti si portano all'attivo per quanto se ne può esigere (locuzione che potrebbe anche comprendere il valore venale del credito); non è detto se successive eventuali esazioni debbano dar luogo a una revisione dei computi.

D. h. t. 22 § 3 Paul. 17 quaest.

Si debitori liberatio legata sit, quamvis solvendo non sit, totum legatum computetur, licet nomen hoc non augeat hereditatem nisi ex eventu, cet.

Qui dovrebbe interessare l'ultima proposizione [*licet cet.*], in quanto, affermativamente concepita, dice che il credito inesigibile, solo pel caso che si verifichi la solvenza, aumenta l'eredità. A parte l'aspetto incidentale del rilievo, che ne diminuirebbe il valore per la nostra questione, in realtà ivi non si dice che l'eventus della solvenza dia luogo a successive revisioni della liquidazione dei legati. Ma il caso ipotizzato nelle parole che precedono esclude che il giurista po-

tesse pensarvi: Tizio erede, creditore di Seio per 100, deve a Seio la liberazione di 100. Paolo dice che al passivo ereditario s'imputa tutto il legato di 100; il che vuol dire che all'attivo, così per l'erede, come pei legatari, figureranno i 100, che sono oggetto di un credito divenuto perfettamente esigibile: perchè il debitore onorato della liberatio ipse sibi solvendo est¹⁾.

D. h. t. 56 pr. § 1 Marcell. 22 dig.

Cum quo de peculio agi poterat, heres creditori extitit: quaeris, cuius temporis peculium computari oporteat in Falcidia lege. [plerique putant, quod tunc in peculio fuerit, cum adiretur hereditas, inspiciendum. ego dubito quoniam] mortis tempus in ratione legis Falcidia ineunda placuit observari: [quid enim] <nec> interest, peculium servi post mortem creditoris deminutum <esse> [sit an debitor pauperior factus sit? 1. Aliquis dicit: quid ex contrario, si ante aditam hereditatem adquisierit servus? et ego quaeram, (quid *ins. Hal.*) si debitoris, qui tunc non erat solvendo, ampliatæ facultates fuerunt (fuerint *F²⁾*)? et cum in isto placuerit ex post facto uberiores videri fuisse hereditatem, sicuti cum condicio crediti extitit post mortem, ita etiam peculii incrementum pleniores faciet hereditatem].

Maggiori indicazioni non dà questa questa legge pure richiamata dal P. 191, perchè, anche prescindendo dall' interpolazione ch' io vi ravviso, essendo la soluzione relativa al peculio contraria al principio che i beni si valutano al momento della morte del de cuius (nota la serie delle interrogazioni retoriche)²⁾, nella proposizione che

¹⁾ Merita di essere esaminato il § 4 eod., sul quale tuttavia il P. non argomenta.

Sed si alii hoc nomen legetur, nullum legatum erit nec ceteris tribuetur.

Io sospetto che questa soluzione sia stata frettolosamente interpolata, perchè non risponde in realtà alle avvertenze altrove poste. Comunque ivi si dice che il legato di credito inesigibile non è da considerarsi al passivo, e che quindi gli altri legati non subiranno per esso riduzioni. Questo credito dovrà calcolarsi come zero, è detto qui, e non si accenna a eventuali variazioni di questa valutazione.

²⁾ Analoga interpolazione in fr. 83, h. t. «aditæ hereditatis tempore» fuit «mortis tempore» Iul.; più verosimilmente il fr. è, nella prima parte (si... - instituerit) una geminazione del fr. 37 de peculio 15, 1 (cfr. Lenel Iul. 199). La re-

a noi interessa, e rispetto alla quale l' interpolazione non ha che valore formale, si riferisce unicamente alla variata capacità patrimoniale del debitore (si debitoris, qui tunc non erat solvendo, ampliatae facultates erunt) tra la morte del de cuius e l' adizione dell' eredità (ante aditam hereditatem); e non successivamente ¹⁾.

D. h. t. 1, 17. Paul. l. sing. ad l. Falc.

Id, quod natura hereditati debetur et peti quidem non potest, solutum vero non repetitur, non esse computandum in hereditate quidam putant. sed Iulianus et haec ex eventu augere patrimonium aut non augere existimat et hereditario iure id quoque capi ideoque et in restitutionem hereditatis venturum.

Il paragrafo si riferisce alle obbligazioni naturali. Giuliano, riferito da Paolo, considerava la questione in ordine alla restituzione fedecommissaria, e pel caso che i crediti ex naturali obligatione fossero realizzati dall'erede voleva che cadessero nell'obbligo della restituzione ²⁾. Paolo evidentemente si riferisce al computo dell' eredità agli effetti della Falcidia (cfr. il paragrafo precedente e il paragrafo seguente), sicchè l' opinione giulianea da lui riferita acquista valore per questa materia, quantunque non se ne faccia espressa applicazione. Se così non si volesse intendere, dell' affrettato richiamo di Giuliano da una materia all' altra, senza che se ne faccia il conseguente adattamento, non ci sarebbe che una spiegazione, di per sè assai plausibile: che Paolo avesse scritto « Id, quod natura hereditati debetur... non est computandum in hereditate [] », e che i compilatori abbiano corretto introducendo il passo di Giuliano relativo ai fedecommissi, da

gola originaria in D. 35, 2, 73. pr. (Gai 18 ed. prov.), eod. 30 pr. (Maec. 8 fideic.), 15, 1, 50. 1 (Pap. 9 quaest.). Una conciliazione in Cuiacio, in lib. IX qu. Pap. h. l. (ed. Prato 4, 854-858). L' interpolazione dei fr. 56 pr. § 1 e 83 h. t. è da ricondurre al disfavore con cui la Falcidia è trattata nel dir. giustiniano.

¹⁾ Che pei nomina si possa e si debba riguardare anche momenti successivi alla morte del de cuius, è ovvio, e non è in contrasto con la regola classica richiamata nella nota precedente; essi, per principio, hanno un valore uguale alla cifra del loro ammontare, ed è a beneficio dell' erede il temperamento di calcolarli quantum exigi potest.

²⁾ Guidato dalla sede in cui ora è posto, il LENEL ha restituito il testo giuliano nel lib. 61 dei suoi digesti, relativo alla legge Falcidia (Pal. Iul. 752). Invece esso è da riportarsi, con sicurezza quasi assoluta, al lib. 40, donde anche altri testi sono stati trasferiti al titolo delle Pandette al l. Falc. (Lenel 562, 563).

essi trovato escerpando i digesti giulianeî, e precisamente il lib. 40, da cui altri due luoghi (fr. 75 e fr. 86) essi direttamente hanno tolto per questo titolo. La congettura non è necessaria, nè per la nostra questione influente. Ritenendo anche il diritto classico identico al diritto giustiniano riguardo al trattamento delle obbligazioni naturali nel computo della Falcidia, questo trattamento, secondo me, non può valere come argomento di analogia per i crediti d'incerta esazione. Evidentemente, se si vuole applicare la regola del fr. 1 § 17, per far profittare i legatari dell'eventuale realizzazione di un'obbligazione naturale, non c'è che dar loro una cauzione concepita « soluto debito »; ma non si potrà mai portare immediatamente all'attivo una somma x , pari al valore venale del credito naturale. Questo temperamento non poteva essere proposto, nella specie, da alcun giureconsulto, perchè la natura dell'obbligazione naturale esclude che si possa vendere il relativo credito: la sua realizzazione non è possibile per un qualsiasi acquirente, ma solo per l'acquirente a titolo universale¹⁾.

Esaminati tutti i testi che in qualche modo potevano connettersi al fr. 82 di Ulpiano²⁾, possiamo trarre intorno ad esso la nostra conclusione: il criterio del valore venale applicato ai crediti d'incerta esazione, e in particolare ai legati di credito d'incerta esazione, non è in contrasto coi criteri altrove applicati da Ulpiano o da altri giuristi classici. Il caso del credito d'incerta esazione è diverso così dal credito condizionale, come dal credito ex naturali obligatione (ammesso che di quest'ultimo noi conosciamo il trattamento in ordine alla Falcidia). Del credito condizionale si rimanda il computo al ve-

¹⁾ Pel fedecommissario universale forse soltanto con Giustiniano. Come per me già rende probabile il confronto del luogo giuliano (1 § 17 h. t.), con D. 36, 1, 41 pr. (« immo... - transit » intp.?). La questione della cessione dell'obbligazione naturale, nella quale è così scissa la dottrina, e sulla quale con tanto rammarico non posso qui indugiarmi per non andare troppo lungi dal tema, sarà da me prossimamente ripresa, in un numero successivo della mia Miscellanea critica.

²⁾ Non contiene nulla di decisivo D. 35, 3, 1, 4 Ulp. 79 ed. (v. l'interpolazione segnata da BESELER II, 102, alla quale aderisco), in quanto rileva solo che è parimenti incerto quanto si deve ai legatari, così nel caso di debiti ereditari condizionali, come nel caso di *debiti pei quali pende il giudizio*. Ma non si dice che il trattamento dovrà essere il medesimo, cioè quello della Falcidiae stipulatio dichiarato pei debiti condizionali al fr. 70 (Ulp. 16 Sab.) e al fr. 73 § 1 (Gai. 18 ed. prov.) D. 35, 2; sebbene l'ipotesi della lite contestata sia, nella realtà economica e giuridica del rapporto, assai più vicina all'ipotesi della condizione pendente, che non l'ipotesi dell'insolvenza del debitore.

rificarsi della condizione, ed è perfettamente adeguato il sistema. Ma non lo sarebbe altrettanto pel credito d'incerta esazione: qui potrebbe avvenire che il computo della Falcidia rimanesse indefinitamente sospeso, come potrebbe avvenire che del computo si dovessero fare tante successive revisioni, e si dovesse procedere a tante successive liquidazioni dei legati, in corrispondenza di successive parziali esazioni dal debitore, di cui varii nel tempo la capacità economica. Si doveva presentare ovvio, in simile ipotesi, il sistema del valore venale del credito. Del quale è fatta applicazione in analoga ipotesi di debito d'incerto ammontare, e precisamente di legato annuo, in un testo in cui il Pampaloni (203) non sospetta, per questo riguardo, alterazione:

D. h. t. 55 Marcell. 20 (21 Lenel) dig.

Cum Titio in annos singulos dena legata sunt et iudex legis Falcidiae¹⁾ rationem inter heredem et alios legatarios habeat, vivo quidem Titio tanti litem aestimare debeat (debet *Hal.*, cfr. *Brennm.*), quanti venire id legatum potest, in incerto posito, quamdiu victurus sit Titius: mortuo autem Titio non aliud spectari debet (debeat *F*²⁾), quam quid heres ex ea causa debuerit²⁾.

Vien meno dunque ogni ragione per ritenere interpolati nella legge ulpiana (fr. 82 h. t.) gli incisi espunti dal Pampaloni. Vien meno ogni ragione per riconnettere la citazione di Nerazio a una dottrina tramontata, dalla quale Ulpiano esprimerebbe il suo dissenso. In ordine all'applicazione di questo criterio del valore venale pel calcolo della Falcidia non c'era stata nessuna controversia nel diritto antico. Nerazio e Ulpiano, come ad altro proposito Marcello, ne fanno applicazione in ipotesi di rapporti d'incerta valutazione. Possono essere precisamente in queste leggi gli spunti per cui i giustiniane

¹⁾ L'interpolazione « *iudex [legis Falcidiae]* », ritenuta dal Pampaloni 203, sarebbe resa assai verosimile dal confronto con D. 35, 3, 1 § 5-6; ma mi rende perplessa ad accoglierla la possibilità che il genitivo anziché da *iudex* dipenda da *rationem*: « *legis Falcidiae rationem... habeat* ». Il fr. 35, 2, 12 (Pap. 30 quaest.), secondo me, è interpolato nella proposizione finale « *sine dubio... - servatur* ».

²⁾ Per fissare « quanti venire legatum potest » si avevano delle tabelle indicanti la probabile durata della vita delle persone, considerata la loro età attuale (D. h. t. 68). Cfr. FERRINI, *Legati* 484 sgg., e gli autori ivi citati, p. 493, n. 1.

Questo temperamento non esclude, evidentemente, l'altro delle cauzioni; conforme Ferrini 486 (secondo me, arg. D. h. t. 47 pr. Ulp. 79 ed.). Il testo di Marcello prova solo che in giudizio vi si faceva ricorso.

generalizzano il criterio, estendendolo al caso dei rapporti condizionali¹⁾.

Tolto il fr. 45 § 1 h. t., pel quale abbiamo la prova che dai giustinianeî è stato trasferito alla Falcidia, in nessun altro testo è posto il criterio della stima pendente condicione²⁾, tranne nel testo gaiano al quale finalmente ritorniamo, per concludere i risultati della nostra esegesi.

Perchè si abbiano immediatamente presenti le diverse posizioni critiche, mettiamo a riscontro la ricostruzione del prof. Pampaloni³⁾ e la ricostruzione da me proposta.

Gai 18 ad ed. prov.

(Pampaloni 201-202).

1. Magna dubitatio est [fuit] de his, quorum condicio mortis tempore pendet, id est an quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur. Sed hoc obser-

1. Magna dubitatio fuit [de his quorum condicio mortis tempore pendet, id est] an quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur. Sed hoc iure uti-

¹⁾ Con così lunga disamina relativa al fr. 82, si è potuto evitare di affermare un' interpolazione, di cui poi difficilmente avrebbero potuto fissarsi i confini, e provare la probabilità. Chè altrimenti la nostra tesi, secondo cui il criterio della stima pendente condicione è applicato ai rapporti condizionali soltanto dai bizantini, sarebbe stata, nonchè difficultata, avvantaggiata dalla critica del Pampaloni al fr. 82. Il Pampaloni vuole che questo criterio sia stato interpolato nel testo di Ulpiano: e questa interpolazione sarebbe una mirabile conferma dell' interpolazione da noi ritenuta nel testo di Gaio (fr. 73 § 1). È vero che il Pampaloni ritiene genuina in Ulpiano la citazione di Nerazio; ma non può sfuggire come questa si trovi appunto in una proposizione che ha tutte le stigmate formali che si ravvisano nelle proposizioni espunte dal Pampaloni: «*de residuo venditionem nominis faciendam Neratius ait*» (cfr. «*de residuis centum quinquaginta... venditio fiet nominis*» intp. Pamp.). Nè, riguardo alla citazione di Nerazio, si vorrebbe attribuire ai compilatori uno scrupolo che critici autorevoli hanno tante volte negato: si veda, p. es. Riccobono, in questo *Bullettino* VIII 273-275, e da ultimo, a questo riguardo, le numerose citazioni del Biondi, *Actio arbitraria* 59-60, 3.

²⁾ Pel fr. 37 pr. non abbiamo che da rimandare a quanto dicemmo a pag. 62. Tolto dal contesto, nel quale l'abbiamo considerato (fr. 36 § 4 - fr. 37 pr.), sarebbe d'altronde impossibile argomentare su così minuscolo frammento, il quale può aver avuto, in connessione a diversa origine, diverso significato.

³⁾ Il BESELER, *Beitr.* II, 65, ritiene verosimile nel fr. 73 § 1 l' interpolazione segnata dal Pampaloni, dalle parole «*aut cautionibus*» alla fine: non accenna che a ragioni stilistiche.

vandum puto [iure utimur] ut, quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris quidem bonis accedere videatur, promissoris vero decedere [aut cautionibus res explicari potest, ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur, tamquam pure debeatur, aut ita, tamquam nihil debeatur, deinde heredes et legatarii inter se caveant, ut existente condicione aut heres reddat quanto minus solverit, aut legatarii restituant quanto plus consecuti sint].

2. Sed et si legata quaedam pure quaedam sub condicione relicta efficiant, ut existente condicione lex Falcidia locum habeat, pure legata *sine* [cum] cautione redduntur. [quo casu magis in usu est solvi quidem pure legata perinde ac si nulla alia sub condicione legata fuissent, cavere autem le-

mur ut [quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris quidem bonis accedere videatur, promissoris vero decedere, aut cautionibus res explicari potest, ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur tamquam pure debeatur, aut ita, tamquam nihil debeatur, deinde¹⁾] heres (edd.) et legatarii inter se caveant, ut existente condicione aut heres reddat quanto minus solverit, aut legatarii restituant quanto plus consecuti sint.

2. Sed et si legata quaedam pure quaedam sub condicione relicta efficiant, ut existente condicione lex Falcidia locum habeat, pure legata cum cautione redduntur. [quo casu *rell.* intp.?²⁾]

¹⁾ Per il rilievo di alcuni segni formati dell' interpolazione rimando alla mia *Miscellanea critica* I, 51; si possono anche richiamare alcune osservazioni del BESELER, *Beitr.* I, 28-29, II, 65.

²⁾ Come altrove ho rilevato (p. 57-58), queste parole sono sospette. Però non saprei segnare con sicurezza l' interpolazione, la quale può avere estensione diversa. Sicuramente non sono gaiane le parole « quo casu magis », tolte le quali ciò che segue potrebbe variamente ricollegarsi al primo periodo, nel quale potrebbe risultare dall'emblema la proposizione finale « pure legata... redduntur ».

Sulla locuzione *perinde ac si* in Gaio, KNIEP, *Gat Inst. comment. primus* 237 sg. Tuttavia essa non ha con sicurezza nel Gaio veronese quegli altri due esempi che lo Kniep ne arreca, in quanto è noto come le abbreviature del *pro* (p) e del *per* (p) facilmente si confondano, e tanto più in un palinsesto. Degli altri testi con la locuzione, da lui arrecati dal Digesto, su quasi tutti grava fondato sospetto: D. 35, 1, 17, 1 (nam... - interveniret, intp.?), 35, 2, 78 (intp.), 4, 7, 3, 5 (intp. ? cfr. Beseler II, 154), 9, 4, 29 (intp. Eisele), 36, 1, 65 (63) 15 (intp. Fabro), 46, 1, 70, 1; 20, 4, 11, 1 (intp.?).

gatarios debere ex eventu conditionis quod amplius accepissent redditu iri].

3. *Idem dicendum* [cuius generis cautio necessaria] videtur et si quibusdam servis eodem testamento sub condizione libertas data sit, quorum pretia condicione *pendente* [existente] bonis detrahuntur.

3. Cuius generis cautio necessaria videtur¹⁾ et si quibusdam servis eodem testamento sub condizione libertas data sit, quorum pretia condicione existente bonis detrahuntur.

Due diversi risultati io ho affermato in ordine al testo di Gaio, e in genere alla dottrina che ivi è esposta:

1. Che il così detto sistema delle cauzioni, in lui, ne' giuristi della sua scuola e nei successivi, è così foggiato, che i rapporti condizionali non si comprendono, pendente condicione, nel calcolo dell'asse agli effetti della Falcidia: e se sono di credito l'erede dà cauzione ai legatari per l'evento del verificarsi della condicione, se sono di debito (da contratto, da legato, da manomissione), i legatari prestano la cautio quanto amplius. Questa regola, che è scritta nei §§ 2 e 3 del testo sopra riferito (pei quali quindi io non accolgo la critica del Pampaloni), ho anche restituita nel § 1, in quanto ho potuto dimostrare la parte originaria e la parte adiettizia nella descrizione ivi data del sistema delle cauzioni. Il sistema, dichiarato d'indifferente applicazione, per cui in ordine ai debiti ereditari condizionali l'erede potrebbe immediatamente detrarre la Falcidia, salvo una cauzione ai legatari per l'eventuale supplemento, è stato malamente (ricorda « esistente condicione », rimasto inalterato) interpolato nel § 1 dai giustinianeî che non vollero seppellito nell'oblio quest'opposto temperamento (cfr. fr. 36 § 4, fr. 53 h. t.). La dimostrazione di tutto ciò precede.

2. Che il sistema della stima pendente condicione, non applicato dai classici pel calcolo della Falcidia (cfr. fr. 45 § 1 h. t.), è stato dai giustinianeî annoverato accanto alle altre due forme del sistema delle cauzioni, traendo norma da quanto di simile già i classici usavano

¹⁾ Solo ragioni di forma potrebbero far sospettare che Gaio avesse scritto diversamente. Ma la forma di nesso relativo con *quod genus*... e simili non è senza altri esempi in lui: II 197, 210, III 132, 134, 170, IV 54.

nel caso di altri rapporti d'incerta valutazione. Questo è risultato dall'indagine che precede su tutti i testi della materia, e non ci consente, per conseguenza, di ritenere che un dissenso fosse esistito tra i classici sul punto di applicare il sistema della stima pendente condizione o il sistema delle cauzioni.

Alla necessità, che deriva dallo svolgimento che attraverso gli altri testi abbiamo potuto cogliere e fissare, si congiunge il dato testuale, quale possiamo ricavare dalla critica di Gaio

Il giureconsulto dice: « Magna dubitatio fuit .. an quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur ». I termini della questione erano questi: se il debito condizionale si dovesse o non si dovesse comprendere nell'eredità dello stipulante (all'attivo) e del promittente (al passivo, rispettivamente). Non già, come si calcolasse, se pendente condizione o existente (resp. deficiente) condizione. Le parole di Gaio hanno tratto alla doppia eventualità del sistema delle cauzioni, per cui i rapporti condizionali possono computarsi e non computarsi nell'asse (an adnumeretur, resp. detrahatur); non alla duplicità di soluzioni, per cui il rapporto condizionale può valutarsi agli effetti di una liquidazione immediata o agli effetti di una liquidazione rinviata all'evento della condizione. Gaio non parlava del valore venale della *spes obligationis*¹⁾.

Dato questo risultato, che può riguardarsi sicuro in ordine al § 1, cessa anche ogni ragione di ritenere i §§ 2 e 3 interpolati al fine di sostituire il criterio delle cauzioni al criterio della stima pendente condizione, che Gaio avrebbe esposto. Anzi i §§ 2 e 3 sono un valido argomento per la restituzione del § 1. L'interpolazione, anche da me sospettata, delle parole « quo casu ... - redditu iri » nel § 2 non dimostra che in Gaio precedesse un criterio diverso, che, in ogni caso, secondo il Pampaloni sarebbe stato cancellato dai bizantini (cfr. sopra a pag. 58); ma dimostra, se mai, un limite (quo casu magis in usu est...) che incontrò l'innovazione di costoro. In realtà, è solo pei nomina che si propone il criterio del valore venale²⁾: estendendo ai

¹⁾ Sulle frequenti alterazioni introdotte dai giustinianeî nella relazione delle antiche controversie, vedi BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, 42 sg., BONFANTE, *Storia*² 669 sg.

²⁾ In uno scolio di Cirillo si trova il sistema generalmente applicato così ai nomina, come ai legati e alle libertà condizionali: « Εἰ ὑπὸ αἴρεσιν χρεωστῆται

nomina sub condicione quel trattamento che già i classici conoscevano per i nomina di difficile esazione o d'incerto ammontare¹⁾.

Dell'antica controversia tra chi ammetteva una riduzione provvisoria dei legati e chi la differiva al verificarsi della condizione fu cancellata traccia nel testo di Gaio; e questi due temperamenti, pur non indifferenti, fusi in uno, furono collocati accanto ad un terzo, più confacente alle tradizioni economiche e giuridiche del mondo orientale: con quel costume della compilazione, per cui le innovazioni, compendosi per giustapposizioni e sovrapposizioni, lasciano scorgere le stratificazioni più antiche.

FILIPPO E. VASSALLI.

ἡ χρεωστὴ ἢ οὐσία, διατιμάσθω. τὸ αὐτὸ καὶ ἐπὶ τῶν ληγάτων αἰρετικῶν καὶ ἐλευθεριῶν » sch. Κυρίλλου IV, 120. [= Si sub condicione hereditati debetur, vel ipsa debet, hoc aestimetur. Idem et in legatis condicionalibus et libertatibus. Hb.].

La restrizione, ch'è nelle fonti giustiniane, al caso dei crediti non è sfuggita al BRUGI, *Istit.*² II, 469, n. 15. Non credo possano portare a una diversa interpretazione del diritto giustiniano i fr. 45 § 1 e 1 § 12 h. t.

¹⁾ Il favore accordato dai bizantini al sistema della stima del credito (*quantum nomen venire potest*) è verosimilmente da ricollegare alla più diffusa pratica della vendita dei crediti, qual'era propria delle provincie orientali (vedi WENGER, *Studi per Fadda* IV 81 sgg., spec. 96-97, FRESE, *aus dem gräco-ägypt. Rechtsleben* 26, PREISIGKE, *Girouesen im griech. Aegypten* 5:8 sgg. MITTEIS, *Grundzüge* II, 1, 115 sg.), e quale dovette prevalere nel mondo romano già sicuramente nel IV secolo (COSTA, *Storia del dir. rom. privato* 418 sg.). Mentre, d'altro canto, le stipulazioni pretorie, al cui congegno si collegavano le soluzioni date dai giuristi romani, erano pei bizantini poco più che un vano nome.

Avrebbe forse potuto contenere elementi interessanti per la nostra indagine la costituzione giustiniana « de improvisis debitis et incerto exitu per diversas species eis imposito », non raccolta nel secondo Codice (c. 6, 30, 22 pr.) Lo ZACHARIAE, *Gesch. d. griech.-röm. Rechts*³ 190 n. 608, crede di ritrovarne qualche principio nell'Ecloga VI 8-10.

NOTA SULLE AZIONI PENALI E SULLA LORO TRASMISSIBILITÀ PASSIVA

NEI LIMITI DELL'ARRICCHIMENTO DELL'EREDE

Dell'interessante argomento, oggetto di questa Nota, si occupò recentemente il De Francisci ne' suoi *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*¹⁾. Essi sono diretti a fissare un risultato, il quale non è che un punto di una larga tesi, che io sto, in parecchie Note, esponendo e dimostrando. È, quindi, naturale che io cerchi ora di delinearli, di brevemente riassumerli, di vagliarli anche, per quanto le mie forze lo consentiranno.

Il De Francisci si propose di vedere se realmente il diritto romano classico – come l'opinione dominante sostiene – conoscesse la regola generale, in base alla quale le azioni penali passavano contro gli eredi nella misura del loro arricchimento, e, nel caso in cui potesse essere accertato che quel diritto non la conosceva, di ricercare i primi inizi di essa e mostrare come sia divenuta regola generale solamente nel diritto giustiniano.

Prima di affrontare lo studio del problema particolare egli crede opportuno di mettere in chiaro quale fosse il concetto classico di *actio poenalis*. Secondo il De Francisci il diritto classico aveva di *actio poenalis* un concetto molto semplice, ben diverso da quello che pure è il più diffuso fra gli scrittori. Egli ritiene che nel diritto classico fosse considerata *actio poenalis* ogni azione *ex delicto*, anche se *rem tantum persequitur*; anche se mira solamente al risarcimento del danno. Giustiniano avrebbe alterato quel concetto di *actio poenalis*

¹⁾ Milano, Cogliati, 1912.

col distinguere questa dalle altre azioni sulla base del loro *contenuto* e col presentare la tricotomia di: azioni *reipersecutorie*, *penali*, *miste*.

Passando allo studio del problema propostosi, l'A. richiama i testi classici, i quali escludono nettamente la possibilità che l'azione penale si eserciti comunque contro gli eredi dell'obbligato.

A questa serie di testi altri ne contrappone l'opinione dominante per appoggiare la propria tesi, ma essi, secondo il De Francisci, o sono solo in apparenza contrarii o sono interpolati.

La l. 38 D. 50. 17 non costituirebbe una limitazione al principio generale, ma esprimerebbe solamente quello stesso pensiero ch'è contenuto nel testo di Ulpiano (D. 47. 1. 1. pr.): che, cioè, sono ammesse contro gli eredi quelle azioni colle quali appunto si impedisce a loro l'indebito arricchimento: l'*a. ad exhibendum*, *rei vindictio*, *condictio*, ma ciò non proverebbe la trasmissibilità dell'azione penale.

La l. 44 D. 50. 17 nel contesto, dal quale è stata tolta, non pensa affatto ad esporre una regola generale relativa alle azioni penali, ma solamente al caso singolo della misura della responsabilità dell'erede nell'*actio tributoria*.

La l. 157 § 2 D. 50. 17 è solo apparentemente favorevole all'opinione dal De Francisci combattuta, giacchè essa si ricollega alla l. 8 § 8 D. 43. 26. L'antitesi era *originariamente* posta non già tra contratto e delitto, ma fra l'azione *ex contractu* e l'interdetto *de precario*, i cui principii non devono affatto confondersi con quelli delle azioni penali, trattandosi di due formazioni storicamente e strutturalmente distinte.

La l. 127 D. 50. 17 non allude in modo sicuro ad una azione penale; ma, pur supposto che vi alluda, è chiaro che essa può riferirsi solo a quei casi in cui il pretore dà espressamente l'azione contro l'erede.

Finalmente la l. 35 D. 44. 7 direbbe che le azioni penali si danno contro l'erede nella misura del suo arricchimento, ma a questo riguardo l'A. cita una mia Nota (*Actio e Interdictum*), dalla quale risulterebbe che il testo è interpolato.

L'esame dei testi, nei quali sono contenute affermazioni generali, sembra render già verosimile la tesi, che il diritto classico non conoscesse la trasmissibilità passiva dell'azione penale nei limiti dell'arricchimento dell'erede, e che essa rappresenti invece un principio essenzialmente giustiniano.

L'esame delle singole azioni penali sembra all'A. dimostrar chiaramente la verità di questa affermazione. Nella maggior parte di esse, infatti, si nega che le azioni penali siano trasmissibili contro l'erede.

Esiste nella compilazione un certo numero di azioni penali, che i testi ci dicono trasmissibili « *in id quod ad heredem pervenit* », ma questi pochi casi speciali, in cui si parla di questa trasmissibilità, sono da considerare frutto dell'attività compilatoria.

La l. 23 § 8 D. 9. 2 è interpolata; i compilatori aggiunsero al testo *ulpiano*: *nisi forte ex damno locupletior factus est*. L'interpolazione risulta dal confronto con Gai. IV. 112 e dal nessun significato dell'aggiunta stessa. Infatti il primo capitolo della *lex Aquilia* colpiva l'uccisore dello schiavo o dell'animale: dove e come poteva esservi un arricchimento dell'erede?

La l. 10 § 25, e la l. 11 D. 42. 8 dovevano in origine riferirsi, come il Solazzi ha giustamente osservato, all'*interdictum fraudatorium*; quindi la trasmissibilità passiva dell'azione Pauliana è principio giustiniano sorto per effetto della fusione dell'interdetto coll'azione.

Le azioni penali contro colui, che in caso di incendio, catastrofe, naufragio abbia recato dei danni, *in heredes eatenus dandae sunt, quatenus ad eos pervenit* (l. 4 § 2 D. 46. 9). Ma anche qui l'interpolazione è certa, perchè l'*actio vi bonorum raptorum*, della quale queste non sono che imitazioni, riguardanti casi speciali, è intrasmissibile passivamente (Gai. IV. 112; D. 47. 8. 2. 27).

L'azione contro colui che impedisce di *sistere in iudicio* è pur trasmissibile contro l'erede (l. 1 § 6 D. 2. 10). Ma anche qui, dove il giureconsulto diceva: *adversus heredem autem non puto dandam actionem*, i compilatori interpolano:

... *adversus heredem autem hactenus puto dandam actionem, ut ex dolo defuncti heres non lucretur.*

L'A. richiama l'osservazione fatta dallo SCHULZ (Z. S. St. 1906, p. 127) che *hactenus - ut* è quasi sempre sospetto, e insiste sulla tendenza giustiniana, da me rilevata (Z. S. St. 1911, p. 313 e 319), che vuol impedire il lucro indebito e illecito dell'erede.

Pure interpolata è la trasmissibilità passiva dell'*actio* contro i *calumniatores*. Nella l. 5 D. 3. 6 l'interpolazione dell'inciso *nam est*

constitutum - quaesitum è stata già vista da me (Z. S. St. 1911, p. 313). L'A. ritiene altresì, e giustamente, che i compilatori scrissero:

... *in heredem autem competit in id quod ad eum pervenit*

dove Ulpiano invece diceva:

... *in heredem autem non competit.*

Così interpolata è la trasmissibilità passiva nelle seguenti azioni penali:

azione contro colui *qui dolo malo fecerit quo minus quis in possessionem sit* (l. 1 § 8 D. 43. 3: *itp. nisi in id quod ad eas pervenit*);

azione contro colui *cuius dolo malo deterior causa possessionis facta esse dicetur* (l. 10 D. 42. 5: *itp. nisi quatenus ad eum pervenit*);

azione contro il *publicanus qui vi ademeral* (l. 4 pr. D. 39. 4);
actio rerum amotarum (l. 3 C. 5. 21).

L'intrasmissibilità delle azioni penali contro l'erede durante l'epoca classica è provata, secondo l'A., anche dal fatto che in alcuni casi lo stesso pretore ha sentito la necessità di sancire un'azione contro l'erede: ciò che sarebbe stato superfluo, ove quella trasmissibilità fosse realmente esistita. Nel campo dell'*actio doli*, in quello dell'*actio quod metus causa*, in quello del *deposito necessario*, il pretore concede contro l'erede una speciale azione, *in factum*, non penale.

Nè è a dire che gli inconvenienti pratici della intrasmissibilità delle azioni penali nel diritto classico fossero gravi. Essi erano in parte temperati dalla nossalità delle azioni stesse, in parte dal fatto che contro gli eredi la giurisprudenza concedeva altre azioni (D. 47. 1. 1. pr.).

Questa, così brevemente riassunta, è la tesi del De Francisci. Mi affretto a dichiarare che essa mi sembra, sia nel suo punto di partenza, sia nella sua sostanza, esatta. Questi suoi *Studi* sono da annoverare fra quelli che fanno veramente progredire la critica delle fonti. Il solo appunto, che ad essi può venir fatto, è che la dimostrazione avrebbe bisogno di procedere più tagliente e più rapida,

senza digressioni e senza parentesi; riuscirebbe, così, più efficace e più attraente. La tesi poi è sostenuta in una maniera non assolutamente recisa (perciò non dappertutto precisa): effetto, questo, della cautela - forse soverchia - con la quale il De Francisci afferma le alterazioni dei testi.

Io mi permetto, in questa Nota, di fare alcune osservazioni a vari punti degli *Studi* già riassunti: di contribuire - per quanto sta in me - a rinvigorire e rischiarare la dimostrazione dell'A., dove sembra meno ricca di vigore e di luce. Indicherò, poi, un nuovo grande fondamentale motivo per il quale si deve ritenere, secondo me, che il risultato - a cui questi *Studi* pervengono - non può essere revocato in dubbio.

1. Sul concetto classico e sul concetto giustiniano di *actio poenalis*.

Le alterazioni, apportate dai compilatori giustinianeî alla categoria delle azioni penali, si possono oggidì conoscere piuttosto largamente. Che l'attività dei compilatori anche in questo campo fosse penetrata, non era cosa nuova neppure al Fabro: un pericoloso *perturbator Iurisprudentiae*, come lo chiamavano gli antichi¹⁾, un *geniale* ricercatore di Tribonianismi, come dobbiamo salutarlo noi. Ed apparì vivace dopo gli studi, a tutti noti, di un giurista nostro, che sa le forti indagini - il Pampaloni²⁾. Troppo poco, tuttavia, il mistero delle fonti era svelato. Attraverso i manuali di Istituzioni del Bonfante³⁾ e del Perozzi⁴⁾ - così mirabili per agitare idee - si sentiva che il mistero era ancor grande. Gli studi, che cominciarono a svelarlo, appartengono agli ultimi anni, nè sono completi, nè sono ridotti ad unità⁵⁾.

¹⁾ Cfr. E. ALBERTARIO, *Due antichi trattati sulle Interpolazioni*, in *Studi dell'Ist. di Eserc. nelle Sc. giur. e soc. della R. Università di Pavia*, 1913.

²⁾ Cfr. gli *Studi sopra il delitto di furto*, (Estr. dagli *Studi Senesi*), I, 1894, II, 1900.

³⁾ Milano, Vallardi, 5ª ediz., p. 107 e sg.

⁴⁾ Firenze, Barbera, 1ª ediz., II, p. 64, nota.

⁵⁾ Le considerazioni, che verrò esponendo, rappresentano il *tracciato embrionale* di un ampio studio sulle *Azioni miste*, che altre, pure interessanti, ricerche

Fu primo il Cuq nella sua opera su *Les institutions juridiques des Romains* ad avanzare l'ipotesi che la distinzione delle azioni in *poenales*, *reipersecutoriae*, *mixtae* fosse giustiniana.

L'ipotesi restò, quasi, inosservata; tanto che sfuggì anche al Bonfante ed al Perozzi, e non la ricorda il De Francisci. Essa fu richiamata dall'Audibert¹⁾, a proposito della distinzione delle azioni *in rem*, *in personam*, *mixtae*, dove un'altra volta, con significato affatto diverso, la categoria delle *actiones mixtae* si trova.

Ma il Cuq e l'Audibert riconobbero giustiniana questa terminologia: non osarono affermare di più.

Che, invece, le *actiones mixtae* rappresentassero non solo una *terminologia*, ma anche un *concetto* giustiniano, fu la prima volta affermato da me²⁾.

Secondo me, tutte le volte che ci troviamo dinanzi alle *actiones mixtae*, ci troviamo dinanzi ad una innovazione formale e, quando più, quando meno, sostanziale dei giustiniani. I quali l'adoperano in tre diversi casi:

1° per indicare quelle azioni nelle quali *uterque actor est*;

2° per indicare quelle azioni che sono ad un tempo *in rem* e *in personam*;

3° per indicare quelle azioni che sono ad un tempo *reipersecutorie* e *penali*.

Col primo significato la terminologia « *mixtae actiones* » s'incontra nella l. 37 § 1 D. 44, 7:

Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, ut puti finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi.

L'interpolazione della terminologia « *mixtae actiones* » con questo significato non era stata avvertita neppure dal Cuq e dall'Audibert.

ritardano. Sono considerazioni brevi, qua e là forse anche un po' apodittiche. Ma io per l'appunto intendo fare una semplice enunciazione di quel mio studio con qualche rapido spunto di dimostrazione, e niente più. Qui, facendo più, sconfinerai dal tema.

¹⁾ *Nouvelle Revue Historique*, v. 28, 1904.

²⁾ Cfr. la nota inserita nel mio studio su *L'origine post-classica del possesso dell'usufrutto*, in *B. I. D. R.* (aprile 1912), p. 14 estr. La mia opinione benevolmente richiama anche il DE FRANCISCI, p. 9, n. 3.

A me è sembrato facile il dimostrarla ¹⁾, nè su quella dimostrazione ora intendo insistere. Essa è stata determinata dalla confusione, operatasi nella nuova epoca tra azioni e interdetti: i classici *iudicia duplicia* e i classici *interdicta duplicia*, smarritasi la sostanziale differenza esistente tra *iudicium* e *interdictum*, rientrano tutti nell'incolore categoria delle *mixtae actiones* ²⁾.

Col secondo significato la terminologia « *mixtae actiones* » indica i giudizi divisorii (*familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum*) e la *hereditatis petitio*.

La congettura dell'origine giustiniana della categoria delle *mixtae actiones* in questo senso è stata anticipata, rapidamente e arditamente, in alcuni eleganti *Appunti sui giudizi divisorii* dall'Arango-Ruiz ³⁾.

Questi, giustamente a mio avviso, ritiene che i compilatori abbiano nella materia dei giudizi divisorii compiuto un passo decisivo: che abbiano, cioè, unificato a sistema le singole decisioni dei classici, creando la categoria dommatica delle *praestationes*.

« Mentre ai classici le azioni divisorie si presentano come organismi unitari, i cui svariati adattamenti si svolgono tutti da un solo principio originario (quello della miglior divisione del patrimonio o della cosa comune), ai giustinianeî — che fuori della tradizione scientifica romana si rappresentano il risultato della evoluzione compiuta — appaiono in azione due principi nettamente distinti, tendenti l'uno alla miglior divisione, l'altro al risarcimento. Il coronamento dell'edificio bizantino è nella creazione dell'*actio mixta*, tam in rem quam in personam. Questa categoria di azioni, che nei Digesti non è nominata mai, si appoggia proprio al contrapposto fra le *res* e le *praestationes* ».

Ed io soggiungo che i compilatori erano condotti a questo punto dal domma bizantino della *natura actionis*.

La *mixta causa tam in rem quam in personam* delle Istitu-

¹⁾ Cfr. E. ALBERTARIO, *Contributi allo studio della procedura civile giustiniana*, in *R. it. per le sc. giur.*, 1913.

²⁾ Interessante è lo scolio dell'ANONIMO a *Bas. 12. 2. 2* (Heimb. 1. 792): Ταῦτα γὰρ τὰ δικαστήρια (f. etc., com. div., fin. reg.) καὶ τὸ οὗτι ποσειδηνις καὶ τὸ οὐτροβι μικτὰς ἀγωγὰς ἐκάλεσεν.

³⁾ Cfr. *R. it. per le sc. giur.*, 1913, p. 223 e sgg.

zioni giustinianee (4. 6. 20) diventa la *mixta natura* nelle Istituzioni di Teofilo! ¹⁾).

Col terzo significato la terminologia « *mixtae actiones* » indica le azioni che sono a un tempo penali e reipersecutorie.

Anche qui la dimostrazione dell'innovazione giustinianea è stata, in parte, prevenuta dal De Francisci. Il quale, giustamente secondo me, definisce *actio poenalis* nell'epoca classica quella soltanto che ha origine da *delitto*. Egli giunge a questa sua definizione, soprattutto attraverso un passo delle Istituzioni di Gaio (4. 9).

Coll'*actio legis Aquiliae in duplum adversus infiltantem* dice Gaio che noi *rem et poenam* persequimur. Nell'*actio damni iniuriae* normale è certo — quindi — che, secondo Gaio, noi perseguiamo solamente la *res*. Eppure nessun dubbio che in ambedue questi casi l'*actio damni iniuriae* sia considerata da Gaio come *poenalis* (Gai. 4. 112; D. 50. 17. 111. 1; 27. 3. 1. 23; 2). Epperò abbiamo un esempio di azione che ha per contenuto la *res* o la *res* e la *poena* e tuttavia è *poenalis*. Con le Istituzioni gaiane concordano altri testi, che chiamano *poenales* alcune azioni aventi per contenuto il solo *risarcimento*.

Ma il De Francisci, fissato il classico concetto di *actio poenalis*, chiuse questa — che per lui si poteva considerare — parentesi, senza fare maggiori osservazioni.

Ora, un punto che in questa parte degli *Studi* del De Francisci è un po' nascosto, e che ha bisogno di essere messo in più chiara luce, consiste nel dimostrare come il diritto romano classico, che riteneva *actio poenalis* quella soltanto nascente da *delitto*, tanto se avesse avuto per contenuto la *poena*, quanto semplicemente la *res*, potesse distinguere poi tra azioni reipersecutorie e azioni che reipersecutorie

¹⁾ L'esegesi dei testi, che, ammettendo ciò, bisogna ritenere interpolati, è dall'ARANGIO-RUIZ più tracciata che eseguita. Ma è anche ormai agevole. Io richiamo soprattutto l'aggettivo *personalis*, usato nella l. 25 § 18 D. 5. 3 e nella l. 7 C. 3. 31 a riguardo della *hereditatis petitio* (anche questa azione i compilatori costruirono come *mixta* alla pari dei giudizi divisorii); nella l. 1 D. 10. 3 a riguardo dell'*actio communi dividundo*; nella l. 24 § 4 D. 10. 2 a riguardo dell'*actio familiae erciscundae*. Ho già cercato di dimostrare (*R. it. per le sc. giur.*, 1913) che la terminologia *actio personalis* non è mai classica. Ora credo che giustamente si possa elevare il sospetto anche sulla classicità di *praestatio personalis*, di *pactum personale*, di *beneficium personale* ecc.

non sono. Questa distinzione è proprio fatta da Cassio (l. 35 D. 44. 7), uno dei due corifei della scuola Sabiniana, a cui Gaio pure apparteneva:

In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae *rei persecutionem* habent, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt.

Ecco qui la contrapposizione tra le azioni, quae *rei persecutionem* habent e le *ceterae actiones*, cioè le penali.

Come si concilia ciò con quel che Gaio (4. 6) avverte:

Agimus interdum, ut *rem* tantum consequamur, interdum ut *poenam* tantum, alias ut *rem* et *poenam*,

dove *res* significherebbe anche il contenuto di un'azione penale? dove, esemplificando, è poi detto che l'*actio legis Aquiliae adversus infitiantem* ha per oggetto la *res* e la *poena*, e implicitamente è per ciò riconosciuto che l'*actio legis Aquiliae* normale ha per oggetto la *res*?

La conciliazione non è difficile. Gaio non fa alcuna distinzione tra azioni reipersecutorie e azioni penali, ma espone semplicemente quale può essere il vario contenuto delle azioni: o *res*, o *poena*, o contemporaneamente *res* e *poena*.

La distinzione, invece, tra azioni reipersecutorie e azioni penali è fatta solo da Cassio. Quando una simile distinzione vien fatta, si capisce come tra le azioni, quae *rei persecutionem* habent, non possono venire comprese anche quelle azioni, nascenti da delitto, cioè penali, che abbiano per oggetto il semplice *risarcimento*, anch'esso da Gaio chiamato *res*. Giacchè, anche quando le azioni penali fanno conseguire il solo risarcimento, cioè - come Gaio dice - soltanto la *res*, questa vien intesa come *poena* per il delitto compiuto. Perciò, di fronte alle azioni penali, azioni reipersecutorie sono quelle che hanno per oggetto la *res*, ma non la *res* (nel suo largo significato di *risarcimento*) che tiene le veci di *poena*, non la *res* (*risarcimento*) che è dovuta per un delitto.

Tenendo presente ciò, non soltanto si concilia il passo di Gaio colla distinzione di Cassio, ma si spiegano altresì alcune apparentemente contraddittorie affermazioni dei testi.

Così si spiega, perchè si dica che il iudicium contro colui *qui ius dicenti non obtemperaverit*, diretto al *quanti ea res est*, sia uno di quelli che *meram poenam continet* (l. 1 § 4 D. 2. 3). Così si spiega perchè venga chiamato *poena* l'ammontare del pregiudizio nell'*actio doli* (l. 1 § 4 D. 2. 10), diretta anch'essa al *quanti ea res est*. Così ancora si spiega come Ulpiano nella l. 11 § 2 D. 9. 2 chiami *poena* il risarcimento aquiliano che Gaio (4. 9) chiama *res*!

Come sorsero le *actiones mixtae* nel diritto giustiniano? In un modo facile. Giustiniano, il creatore del domma della *natura actionis*, si trovò dinanzi al passo di Gaio che esponeva il vario contenuto, che un'azione può avere: o la *res*, o la *poena*, o la *res* e la *poena*. Quel domma gli impediva di ammettere che un'azione *penale* potesse avere per oggetto anche la sola *res*, ovvero la *res* e la *poena*: quel domma, insomma, gli nascondeva il chiaro significato, il preciso valore della distinzione gaiana.

E nacque la distinzione nuova, fondata sul *contenuto* delle varie azioni. L'azione, che ha per contenuto la *res*, è reipersecutoria; quella che ha per contenuto la *poena*, è penale; quella che ha per contenuto la *res* e la *poena*, è mista.

Ist. 4. 6. 16: Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones *rei* persequendae gratia comparatae sunt, quaedam *poenae* persequendae, quaedam *mixtae* sunt.

I paragrafi 16-20 I. 4. 6 sono tutti, quale più quale meno, gravemente alterati: in ognuno di essi la terminologia *actio mixta* è stata fissata mediante chiare interpolazioni. È chiamata *actio mixta* l'*a. damni iniuriae* che era nel diritto classico *poenalis* (Gai. 4. 112: D. 50. 17. 111 § 1); *actio mixta* l'*actio vi bonorum raptorum* che era pure nel diritto classico *poenalis* (D. 50. 17. 111 § 1), e così via. Giustiniano fissò la nuova terminologia qui nelle Istituzioni, dove l'indole elementare dell'opera sembrava maggiormente richiederlo, senza mai riprodurla, poi, nel Digesto.

L'influenza del nuovo domma è manifesta soprattutto attraverso il confronto fra Gai. 4. 9 e 112 e le Ist. 4. 6. 19.

Gaio dice (4. 9) che l'*a. legis Aquiliae* adversus *infiliantem* contiene la *res* (il *risarcimento*) e la *poena* (dovuta, oltre il risarcimento, per l'*infilatio*): Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis,

ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem... damni iniuriae legis Aquiliae. Ma anche in questo caso l'azione è sempre *penale* (Gai. 4. 112; ecc.).

Si tenga ora presente il linguaggio giustiniano:

Sed et legis Aquiliae actio de damno *mixta* est, ... *si adversus infitiantem in duplum agatur*...

Ma, se il domma della *natura actionis* fu l'inevitabile punto di partenza *dottrinale* della nuova distinzione giustiniana¹⁾, non rimase il solo. L'*actio mixta* sorse anche per altri motivi.

Fu l'effetto di gravi riforme della nuova epoca.

Giustiniano - questo è un campo, anche se toccato, non ancora percorso - stabilisce numerose volte che nel computo totale della pena debba essere ricompresa anche la *res* o, in generale, il semplice risarcimento.

Richiamo solo alcuni testi avvertendo ch'essi sono parecchi più e tutti quanti, a mio avviso, interpolati.

Ist. 4. 6. 24: Tripli (poena) vero, cum quidam maiorem verae aestimationis quantitatem in libello conventionis inseruit, ut ex hac causa viatores, id est exsecutores litium, ampliorem summam portularum nomine exegerint: tunc enim quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, id triplum ab actore consequetur, *ut in hoc triplo et simplum, in quo damnum passus est, connumeretur*.

Tutto questo paragrafo è attribuito ai compilatori dal Ferrini²⁾.

D. 4, 2. 14. 10: Quatenus autem diximus quadruplo simplum inesse, sic hoc disponendum est, *ut in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo contineatur et eius restitutio fiat, poena autem usque ad triplum stet*.

¹⁾ Non dimentico di rilevare che alcuni dei pochi testi alterati del *Corpus iuris*, dai quali traspare la nuova dottrina della *natura actionis* riguardano per l'appunto o le *actioni miste* in generale (cfr. I. 4. 6. 31) o qualcuna di esse in particolare (cfr. D. 4. 2. 12. 2 per l'*actio quod metus causa* e su questo testo LONGO, *Studi per Scialoja*).

²⁾ Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano, in B. I. D. R.

Il paragrafo è attribuito ai compilatori dal Fabro, col quale concordano il Lenel, l'Eisele, il Gradenwitz, il Girard, lo Jörs, il Seckel, il Biondi.

L'*actio quod metus causa*, a cui questo paragrafo si riferisce, diventa nell'epoca giustiniana un'*actio mixta*, perchè attraverso le innovazioni di Giustiniano fa conseguire la *poena* e la *res*.

D. 27. 3. 2. 2: [*Haec actio (de ration. distrah.) licet in duplum sit, in simple rei persecutionem continet, non tota dupli poena est*].

Questo paragrafo ha già attribuito ai compilatori il Pampaloni.

D. 39. 4. 5 de publicanis et vectigalibus et commissis: Hoc edicto efficitur, ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio evanescat, post acceptum vero iudicium nihilo minus poena duret. [*sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est*, interp. Biondi, *Actiones arbitrariae*, p. 38]. § 1 [*Quaerentibus autem nobis, utrum duplum totum poena sit et praeterea rei sit persecutio, an in duplo sit et rei persecutio, ut poena simpli sit, magis placuit, ut res in duplo sit*].

Tutto il § 1 è, a mio avviso, frutto di una interpolazione anche facilmente dimostrabile.

La forma *quaerentibus nobis* è già stata sospettata dallo Scialoja nella l. 25 D. 4. 3 ed è - in realtà - sospetta, data la sua ampollosità. È una di quelle interpolazioni che si può far rientrare nel numero di quelle segnalate dal Pampaloni (*Arch. giur* 55, p. 500 e 56, p. 3) per l'ampollosità del *nos*. Gaio, infatti, due volte (2. 234 e 4. 100) adopera il participio *quaerens*, ma non in questo modo.

Non insisto, poi, nel richiamare l'attenzione sulla forma stiracchiata e sciatta di tutto il periodo (*duplum totum!* e i quattro *sit!*).

D. 11. 3. 14. 5 de servo corrupto: In hac actione [*non*] extra rem duplum est: [*id enim quod damni datum est duplatur*].

Anche qui l'interpolazione del *non*, e conseguentemente dell'inciso finale *id enim ... duplatur*, mi sembra evidente. Se si ammette - come deve, secondo me, essere ammesso - che il *non* è interpolato, ci possiamo rendere una ragione del modo involuto col quale il testo si esprime (*non extra rem duplum est!*). Ciò dipenderebbe dal fine,

che i compilatori hanno, di mutare il testo classico *formalmente* meno che sia possibile. Qui capovolgono il contenuto del testo colla semplice aggiunta del *non* Ma, se si ammettesse il testo genuino, a chi non vien di domandare perchè mai Paolo abbia scritto in modo così faticoso?

Il principio classico, riguardante le azioni penali, e dimostrante - se ve ne fosse bisogno - l'alterazione dei testi già considerati e degli altri che, come questi, furono alterati, è chiaramente contenuto nel fr. 48 pr D 47. 2:

Qui vas argenteum perdiderat eoque nomine furti egerit: de pondere vasis controversia cum esset et actor maius fuisse diceret, fur vas protulit: id is cuius erat abstulit ei: qui subripuerat dupli nihilo minus condemnatus est. rectissime iudicatum est: *nam in actionem poenalem non venit ipsa res quae subrepta est, sive manifesti furti sive nec manifesti agatur*¹⁾.

L'*actio mixta* sorse, poi, nell'epoca giustiniana fra l'azione penale e l'azione reipersecutoria per il motivo seguente. Il Biondi nei suoi *Studii sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis* ha dimostrato con molta evidenza, secondo me, come solo Giustiniano abbia statuito che il convenuto nelle azioni penali, così dette *arbitrarie*, come l'*actio quod metus causa*, l'*actio doli*, potesse restituire la *res*, carpita dolosamente o colla violenza estorta, *prima della sentenza*, e sfuggire, così, alla pena.

Anche da questo punto di vista, pertanto, un'azione penale diventa *mista*, in quanto può far conseguire la pena e può anche - data l'innovazione giustiniana lumeggiata dal Biondi - far conseguire *rei persecutionem arbitrio iudicis*.

Tre sono, in conclusione, i motivi per i quali un'azione *penale classica* diventa un'*actio mixta* nel diritto giustiniano: o perchè il domma giustiniano della *natura actionis* non consentiva di ritenere *penale* un'azione diretta al semplice risarcimento o al risarcimento e alla pena; o perchè nel computo totale della pena viene *ora* compresa la *res* restituita (come nell'*actio quod metus causa*); o perchè la pena

¹⁾ Mi viene il dubbio che l'inciso « *sive manifesti furti sive nec manifesti agatur* » sia una limitazione giustiniana, restringente l'ampio significato della precedente classica espressione « *in actionem poenalem* ». Il testo sarebbe, così, anche più interessante.

può ora essere evitata, se il convenuto prima della sentenza restituisca *arbitrio iudicis* la cosa.

Così, anche solo nel campo delle azioni penali e reipersecutorie, la categoria delle *actiones mixtae* ha una varia e frequente applicazione.

Il concetto di *actio mixta* fu la base di una ulteriore innovazione giustinianea, già acutamente intravista dal Perozzi ¹⁾, anche senza che egli avesse scorto l'origine giustinianea di quell'azione. Giustiniano si giovò dell'idea di *actio mixta* per spiegare come non si applichi il principio della intrasmissibilità attiva, anticamente proprio delle azioni penali, ad alcune di esse. Di qui numerose interpolazioni nei testi.

L'*actio quod metus causa*, ad es., era attivamente trasmissibile:

(l. 16 § 2 D. 4. 2 Ulp.): Haec actio heredi [*ceterisque successoribus*] datur.

Giustiniano, che computa nell'ammontare totale della pena anche la restituzione della *res*, trova il modo di giustificare la cosa soggiungendo:

[*quoniam rei habet persecutionem*].

Ed è tanto preoccupato di introdurre questa giustificazione, che la ripete più volte. Così nella l. 14 § 2 D. h. t. (Ulp.) è, a mio avviso, da far risalire a lui il periodo:

[*ideo autem successoribus datur, quoniam et rei habet persecutionem*].

Ulpiano non poteva già qui anticipare quello che poi avverte nella l. 16 § 2, quando sta per chiudere il suo commento ²⁾.

¹⁾ Ist, 2, p. 65, nota.

²⁾ È importantissimo tenere presente che di quelle azioni penali classiche, le quali diventano nell'epoca post-classica azioni miste, mentre è accentuato dai compilatori il loro carattere reipersecutorio facendo, ad es., dipendere da esso la loro trasmissibilità attiva, viene con particolare cura tolta la traccia del carattere penale. Dove i giureconsulti specialmente fanno spiccare il carattere penale di una data azione è a proposito della sua intrasmissibilità passiva: (D. 11. 3. 13. pr.) haec actio... in heredem non dabitur quia poenalis est; (D. 47. 8. 2. 27): haec

L'*actio ex alienatione iudicii mutandi causa facta*, penale, era ciò non ostante nel diritto classico attivamente trasmissibile. E Ulpiano nella l. 4 § 6 D. 4. 7 doveva dire:

Haec actio heredi dabitur: in heredem autem vel post annum non dabitur.

Giustiniano, che - come il Biondi ha dimostrato - introduce la possibilità di sfuggire alla pena restituendo *arbitrio iudicis* la cosa prima della sentenza, interpola la motivazione seguente:

Haec actio [non est poenalis sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet quare et] heredi dabitur etc.

E nel successivo § 7, dove Gaio verosimilmente si limitava ad osservare:

quia videtur ex delicto dari,

Giustiniano si sbizzarrisce motivando:

... quia [pertinet quidem ad rei persecutionem], videtur [autem] ex delicto dari.

L'*actio* contro colui per il dolo del quale *causa possessionis deterior facta esse dicetur*, quantunque penale, era ciò non ostante anch'essa attivamente trasmissibile:

(l. 11 D. 42. 5) Heredi autem dabitur.

actio... adversus heredem autem [vel ceteros successores] non dabitur quia poenalis actio in eos non datur; (D. 9. 13. 5. 13): ista autem actio... in heredes non competit quia poenalis est; (D. 27. 3. 1. 23): sed in heredem [ceterosque successores] non dabitur, quia poenalis est, etc.

Giustiniano, che dice le azioni penali passivamente trasmissibili nei limiti dell'arricchimento, è costretto a sopprimere la motivazione: *quia poenalis est, quia poenalis actio in heredem non datur, cum sit poenalis*.

La soppressione si può scorgere, anzi toccare con mano, nella l. 16 § 2 D. 4. 2:

Haec actio (quod metus causa) heredi [ceterisque successoribus] datur, [quoniam rei continet persecutionem]. in heredem autem [et ceteros in id quod pervenit ad eos datur non immerito: licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere].

Si può giurare che il testo genuino diceva: *in heredem autem non datur, quia poenalis est*. I compilatori, trovando questa motivazione ed avendo un concetto di azione penale e di pena diverso dal classico, prendono lo spunto dalla soppressa motivazione avvertendo: *licet poena ad heredem non transeat, attamen, etc.*

Giustiniano soggiunge la motivazione:

[*quia et rei continet persecutionem*].

Interpola questa legge per lo stesso motivo per il quale interpolò la precedente l. 4 § 6 D. 4. 7.

Come queste, sono interpolate parecchie altre¹⁾. La loro interpolazione si può determinare, a mio avviso, anche mediante un indizio formale. Attraverso uno spoglio completo dei passi delle fonti si può accertare che, quando la motivazione « *quia rei continet persecutionem* » od altra simile è genuina, essa si accompagna colla enumerazione completa dei requisiti propri dell'azione reipersecutoria: trasmissibilità attiva, trasmissibilità passiva, perpetuità. Mi limito a richiamare la l. 4 § 10 D. 39. 2:

Haec autem actio cum rei habeat persecutionem, et heredi et in heredem et perpetuo dabitur;

la l. 6 § 3 D. 42. 1:

Iudicati actio perpetua est et rei persecutionem continet:
item heredi et in heredem competit;

la l. 10 D. 16. 1:

Hae actiones, quae in eo pro quibus mulier intercessit dantur, et heredibus et in heredes et perpetuo competunt: habent enim rei persecutionem.

E così via.

La costruzione dell'*actio mixta* fece fare a Giustiniano un altro gran passo.

Recentemente il Bonfante²⁾ avvertì che Giustiniano, smarrito il concetto rigido della pena privata, è tratto spesso ad abolire nelle azioni private l'efficacia in solidum *cumulativa*. Il risultato, a cui il

¹⁾ Già segnalata, ad esempio, è l'interpolazione della l. 21 § 5 D. 25. 2. Cfr. ZANZUCCHI, *Riv. it. p. l. sc. giur.*, 1906, 42, p. 57. Cfr. anche D. 25. 5. 1. 4, che a me è sospetta.

²⁾ *Istituzioni*, 5ª ediz., 1913, p. 367 e sg.; Cfr. anche *Corso di diritto romano, Le obbligazioni*, Pavia, Mattei, 1912.

Bonfante arriva, si può considerare veramente felice, perchè illumina di luce nuova quell'oscuro e intricato campo delle obbligazioni solidali togliendo via finalmente quelle ombre che gli acuti studii dell'Ascoli¹⁾, dell'Eisele²⁾ e del Binder³⁾ avevano ancora intorno a qualche testo lasciata.

Ma a me pare che le innovazioni giustiniane siano soprattutto anche qui il facile prodotto e una naturale applicazione della nuova costruzione dell'*actio mixta*.

L'idea che l'*actio mixta* anche *rei persecutionem habet* è stata utilizzata per ammettere che, in caso siano più gli autori del delitto, il pagamento dell'uno libera gli altri. Tutti i testi, infatti, dai quali risulta che il pagamento dell'uno libera gli altri, sono riconducibili alle *azioni miste*.

La l. 1 § 4 D. 2. 10 (Ulp. l. 7° ad ed.) afferma:

Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: sed si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, cum nihil intersit.

Questa l. nel suo stato genuino doveva dire:

Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: *et* si unus praestiterit poenam, ceteri *non* liberantur.

Ora, questa l. riguarda l'*actio* contro colui *per quem factum erit quominus quis in iudicio sistat*; cioè un'azione che nel diritto giustiniano diventa mista.

Così la l. 14 § 15 D. 4. 2 (Ulp. l. 11° ad ed.) afferma:

Secundum haec si plures metum adhibuerint et unus fuerit conventus, si quidem sponte rem ante sententiam restituerit, omnes liberati sunt: sed etsi id non fecerit, sed ex sententia quadruplum restituerit, verius est etiam sic peremi adversus ceteros metus causa actionem.

¹⁾ *Studi e documenti di Storia e diritto*, vol. 11, 1890 e *B. I. D. R.*, vol. 4, 1892.

²⁾ *Arch. f. die civ. Praxis*, vol. 77, 1891.

³⁾ *Die Correalobligationen*, Leipzig 1899. Alcune interpolazioni in questa materia furono avvertite da altri. Un vero precursore si può considerare il CUTACIO, (cfr. E. ALBERTARIO, *I Tribon. avv. dal Cutacio*, in *Z. S. S.* 1910). Interpolazioni isolate avvertirono l'ALIBRANDI (*Op.* p. 180) e il DEMANGEAT (*Des obl. sol.*, p. 214).

E la l. 15 di Paolo (l. 11° ad ed.) prosegue:

Aut in id dabitur adversus ceteros actio, quod minus ab illo exactum sit.

Tenendo conto degli studi del Bonfante e del Biondi il principio classico deve essere ricostruito così:

Secundum haec si plures metum adhibuerint et unus fuerit conventus, ceteri liberati *non* sunt.

Il testo di Paolo è uno dei molti testi, che i compilatori dicono tolti dal suo Commentario all'editto e che sono invece di sana pianta inventati dai compilatori stessi.

Ora, anche l'*actio quod metus causa*, a cui i testi interpolati hanno riferimento, è nel diritto giustiniano un'azione mista.

La l. 17 pr. D. 4. 3 (Ulp. l. 11° ad ed.) afferma:

Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur: quod si unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari.

Anche qui tenendo conto degli studi del Bonfante e del Biondi, il principio classico si può ricostruire con le parole seguenti:

Si plures dolo fecerint, *et* si unus quanti ea res est praestiterit, puto ceteros *non* liberari.

Ora, l'*actio de dolo malo*, contemplata nel testo, è nel diritto giustiniano un'azione mista.

La l. 55 § 1 D. 26. 7 (Tryphoninus l. 14° disputationum) afferma:

Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur: nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est. [*sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere: nemo denique dicet*

unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie conditionis aut ipsam rem aut eius aestimationem].

La l. 15 D. 27. 3 (Ulp. l. 1^o disputationum) avverte:

Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri, nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat. [*quod si conventus alter praestitisset, proficiet id quod praestitit ei qui conventus non est: licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere, ut in duobus, quibus res commodata est vel deposita quibusque mandatum est*].

Ora, queste due leggi, interpolate negli incisi chiusi tra parentesi, si riferiscono all'*actio de rationibus distrahendis*, che è nell'epoca giustiniana un'azione mista.

Così si dica delle altre leggi.

La l. 1 § 13 D. 43. 16, affermando che il pagamento dell'uno libera gli altri nel campo dell'*interdictum unde vi*; la l. 15 § 2 D. 43. 24, affermando lo stesso principio nel campo dell'*interdictum quod vi aut clam*, riguardano anch'esse azioni miste, perchè tale è propriamente la figura giuridica di questi due interdetti nel diritto giustiniano.

E smarriscono nel diritto giustiniano il classico tipo, schiettamente penale, le azioni a cui si riferiscono la l. 7 § 4 e la l. 8 D. 27. 6; le ll. 3 e 4 D. 9. 3; la l. 3 pr. D. 11. 6: leggi che l'indagine del Bonfante ha riconosciuto interpolate.

Non è chi non veda come le innovazioni giustiniane, anche a prescindere da quelle riguardanti le azioni *noxxali* — che erano le più note sin qui — siano nel campo delle azioni penali veramente vaste e profonde.

Ma ciò che io voglio soprattutto segnalare è questo. Col tener presente il modo col quale Giustiniano procede alla distinzione tra azioni *penali*, *reipersecutorie* e *miste* e col considerare i limiti dentro i quali egli restringe il classico concetto di *poena*, si può agevolmente scorgere come egli si sia, così, aperta la via per affermare la trasmissibilità passiva delle azioni *penali classiche* contro l'erede nei limiti del suo arricchimento.

Quelle azioni sono, in realtà, per Giustiniano azioni *miste*¹⁾.

Così l'*actio legis Aquiliae* (Ist. 4. 6. 19); l'*actio Pauliana* (D. 42. 8. 10. 19); le azioni *de incendio* ruina naufragio rate nave expugnata: imitazioni, riguardanti casi speciali, dell'*actio vi bonorum raptorum* che Giustiniano afferma mista (Ist. 4. 6. 19); l'*actio* contro i *calumniatores* (D. 3. 6. 5. 1 itp! Fabro); l'*actio* contro colui, *cuius dolo malo deterior causa possessionis facta esse dicetur* (D. 42. 5. 11: *quia et rei continet persecutionem* itp.); l'*actio rerum amotarum* (D. 25. 2. 21. 5 itp! Zanzucchi); l'*actio doli* (D. 4. 3. 17. pr.); l'*actio quod metus causa* (D. 4. 2. 14 § 4 e § 10) Così anche l'*actio* contro colui che impedisce di *in iudicio sistere* (D. 2. 10) e l'*actio* contro colui *qui dolo malo fecerit quo minus quis in possessionem sit* (D. 43. 3), entrambe dirette al *quantum interest*.

Le azioni penali vere e proprie - quelle, cioè, che hanno per contenuto solamente la *poena*, non contemporaneamente la *res* e la *poena* o il *quantum interest* o il *quantum ea res est*²⁾ come le azioni ora elencate - non si trasmettono, neppure nel diritto giustiniano, contro l'erede. Perciò quelle leggi che, come la l. 111 § 1 D. 50. 17, la l. 1 pr. D. 47. 1, ripetono il principio della intrasmissibilità delle azioni penali, non rappresentano dal punto di vista del diritto giusti-

¹⁾ Questo punto rilevò bene il BONFANTE, *Ist.* 5ª ediz., p. 107, sebbene egli ammettesse ancora l'origine classica di questa categoria di azioni.

[Il ROTONDI, *Dolus ex delicto e dolus ex contractu*, p. 4 sg. n., rileva che il valore generalissimo della massima affermando la trasmissibilità passiva dell'azione penale per conseguire l'*id quod pervenit* è, più che altro, formale, giacché vi è da un lato il caso, praticamente preminente, delle azioni di furto, dove provvede l'istituto autonomo della *condictio furtiva*, e dall'altro una assai larga serie di azioni *ex delicto* in cui, essendo inconcepibile l'arricchimento, la regola non può trovare applicazione. Il rilievo è giusto, ma è troppo vago. Per dare ad esso completezza e precisione bisogna proprio dire - come io dico nel testo - che le azioni, nel diritto classico penali, che nella nuova epoca sono passivamente trasmissibili, in tanto lo sono, in quanto sono per l'appunto nella nuova epoca diventate *azioni miste*].

²⁾ Le espressioni «*quantum interest, quantum ea res est*», lo stesso insolito termine, usato da Gaio in 4. 9, «*res*», indicano il risarcimento nella misura del *simpulum*. Questo *simpulum*, per quanto possa essere superiore al valore che l'oggetto (ad es. lo schiavo altrui, l'animale nel caso dell'*a. legis Aquiliae* ordinaria) aveva nel momento del *delictum*, non è per Giustiniano *poena*; se è superiore, è *res* e *poena*. La *poena* è per lui sempre un *multiplum* del danno subito. E l'azione è penale se è diretta solo a quel *multiplum* (l'azione penale tipica che Giustiniano ricorda nelle Ist. 4. 6. 18 è l'*actio furti*).

niano una affermazione non vera; non sono una mera sopravvivenza storica. Giustiniano sdoppiò la categoria delle azioni penali classiche. Da una parte collocò le azioni *penali*, propriamente dette, e queste sono anche per lui passivamente intrasmissibili; dall'altra le *azioni miste* dirette *anche* alla *res* o dirette al *quanti interest*, al *quanti ea res est*; non dirette, ad ogni modo alla *poena*, e queste egli dichiara trasmissibili passivamente nel limite dell'arricchimento dell'erede.

Giustiniano - ripeto - creando la categoria delle azioni miste e restringendo, pertanto, il classico concetto di *poena* (il *quanti interest*, il *quanti ea res est* - che potevano costituire la *poena*, se l'azione derivava da delitto, nell'epoca classica - non sono *poena* nel concetto giustiniano). si era aperta la via per stabilire la responsabilità dell'erede in casi nei quali il diritto classico non l'ammetteva. E, a rigore, senza urtare in precise affermazioni delle fonti. Ancora per Giustiniano *in heredem non solent actiones transire quae sunt poenales ex maleficio* (D. 50. 17. 111. 1); anche per Giustiniano *civilis constitutio est poenalis actionibus heredes non teneri* (D. 47. 1. 1. pr.); però, la categoria di queste azioni penali è, ora, molto più ristretta: *parecchie* azioni (la maggior parte) si sono staccate e costituiscono la categoria delle *azioni miste*.

Anche per Giustiniano l'azione *penale*, che ha per oggetto soltanto la *poena*, non si trasmette contro l'erede; si trasmette invece quell'azione, penale per i giureconsulti classici perchè nascente da delitto, mista per lui perchè non solamente diretta alla *poena*, e si trasmette appunto per quella parte sola in cui è reipersecutoria, non per quella parte in cui è penale.

La *poena*, adunque, nel senso rigoroso che alla parola Giustiniano dà, non si trasmette passivamente neppure nella nuova epoca. E in passi interpolati Giustiniano ce lo dice chiaramente.

D. 4. 2. 16. 2: *licet enim poena ad heredes non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.*

D. 3. 6. 5: *nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur.*

L'*actio mixta* giustiniana, in conclusione, non si trasmette contro l'erede, in quanto è penale; non si trasmette contro lui per il conseguimento della *poena*. Essa si trasmette in quanto è reiper-

secutoria, in quanto mira a far conseguire la cosa (*res*) di cui l'attore per il *delictum* del convenuto è stato privato. La *res*, trasmessa dal defunto all'erede, o quella parte di *res* che gli è pervenuta, o l'arricchimento che egli ha mediante la *res* realizzato, costituisce l'oggetto dell'azione mista che contro lui si dirige.

La responsabilità dell'erede nei limiti dell'*id quod pervenit* deriva, pertanto, dal nuovo concetto giustiniano della *poena*: dal conseguente restringersi della categoria delle azioni penali e dal sorgere delle azioni miste, sulle quali - essendo in parte reipersecutorie - operano in parte, per quanto in modo non perfettamente conforme, i principii proprii di queste ¹⁾.

2. Sulla interpolazione dei testi riferentisi alle singole azioni penali.

L'esegesi dei testi, che ammettono la trasmissibilità passiva delle azioni penali nei limiti dell'arricchimento dell'erede, è dal De Francisci quasi sempre ben fatta. Qui accenno ai testi, nella esegesi dei quali io non mi trovo d'accordo con lui.

La l. 2 § 27 D. 47. 8, relativa all'*a. vi bonorum raptorum*, dice:

Haec actio heredi [*ceterisque successoribus*] dabitur, adversus heredem autem [*vel ceteros successores*] non dabitur, quia poenalis actio in eos non datur. [*An tamen in id quo locupletiores facti sunt dari debeat videamus. et ego puto ideo praetorem non esse pollicitum in heredes in id quod ad eos pervenit, quia putavit sufficere conditionem*].

Il De Francisci osserva: *la trasmissibilità passiva è esclusa; la parte finale non pare scritta in base a concetti giustiniani; d'altronde, lo stile e il ragionamento non sembrando classici, bisogna pensare di essere davanti a un glossema.*

Ora, tutto ciò non è esatto. È indubbio che l'inciso *an tamen - conditionem* non può essere un glossema. I glossemi nè propongono

¹⁾ La riduzione delle obbligazioni da delitto a obbligazioni «*re*» è stata, a mio avviso, lucidamente dimostrata come dovuta ai compilatori dal PEROZZI, *Le obblig. rom.*, p. 42 sg. n.

la questione in questa forma dubitativa (*an dari debeat videamus*), nè concludono in questa forma precisa (*et ego puto*). Gli è che l'inciso è veramente imbevuto del concetto giustiniano della trasmissibilità passiva delle azioni penali fino al limite dell'arricchimento dell'erede. Nel caso concreto dell'*actio vi bonorum raptorum* può dubitare se l'azione sia trasmissibile per conseguire l'arricchimento dell'erede (tenuto conto che contro costui il diritto classico già concedeva una *condictio*) soltanto chi - come Giustiniano - ha introdotto entro quel limite la trasmissibilità passiva delle azioni penali. Il non applicare in un determinato caso *per speciali circostanze* un principio generale, non ne distrugge, ma ne conferma l'esistenza ¹⁾.

Non corrette sono poi, a mio avviso, le osservazioni del De Francisci intorno alla trasmissibilità dell'*actio Pauliana*.

La l. 10 § 25 D. 42. 8 dice:

Haec actio heredi [*ceterisque successoribus*] competit: *sed* et in heredes [*similesque personas*] datur.

E la successiva l. 11, riallacciandosi a questa:

Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem pervenit.

¹⁾ Nell'attribuire, però, ai compilatori tutto quanto l'inciso, andrei adagio. Niente di più probabile che Ulpiano, dopo aver detto che l'*a. vi bonorum raptorum*, penale, è passivamente intrasmissibile, continuasse avvertendo: *an tamen in factum actio dari debeat videamus. et ego puto ideo praetorem non esse pollicitum in factum actionem, quia putavit sufficere conductionem*. Rilevo che la forma dubitativa (*an dari debeat videamus*) può, come altre volte, essere ulpianea; che la forma della decisione «*et ego puto*» è caratteristica in bocca al giureconsulto. Rilevo soprattutto che il dubbio sarebbe pienamente naturale e logico. Come possiamo arguire dai testi inseriti in D. 4. 2 e in D. 4. 3 (cfr. E. ALBERTARIO, *Responsabilità nelle azioni pretorie* etc. in *Rend. Ist. Lomb.* 1913) il diritto classico contro gli eredi, che non potevano essere convenuti coll'azione penale, accordava un'*actio in factum*, diretta ad ottenere il *simpulum*. Giustiniano vuole che l'erede restituisca solo *id quod ad eum pervenit* e in questa misura rende passivamente trasmissibile l'azione penale. Quanto alla classica *actio in factum* a volte (ad es. nel campo dell'*actio doti* e dell'*actio quod metus causa*) la conserva: a volte la sopprime. Quando la conserva, le assegna per oggetto l'*id quod pervenit*, non il tutto, non il *simpulum*! (Cfr. E. ALBERTARIO, *loc. cit.*). La sostanza della vasta innovazione giustiniana è chiara, per quanto non eseguita in modo dappertutto uniforme. Concludendo, io riterrei compilatorii soltanto gli incisi «*in id quo locupletiores facti sunt*»; «*in id quod ad eos pervenit*». Per quest'ultimo si noti che l'espressione «*pollicitum in id quod ad eos pervenit*» non è classica, ma greca (è ommesso *actionem*!).

Il De Francisci elimina questi due testi così: « il Solazzi ha giustamente osservato che questi frammenti, come si rileva anche dalla iscrizione, dovevano in origine riferirsi all' *interdictum fraudatorium*; quindi è che la trasmissibilità passiva dell'azione Pauliana è principio giustiniano sorto per effetto della fusione dell'interdetto coll'azione, mentre nulla prova che nel diritto classico l'azione fosse trasmissibile ».

Ora, che Giustiniano siasi limitato nei due testi citati a sostituire la parola « *actio* » alla classica parola « *interdictum* », è inverosimile. Secondo me, la l. 11 D. h. t. è una legge inventata dai compilatori e la precedente l. 10 § 25 doveva verosimilmente dire soltanto:

Hoc interdictum heredi competit sed in heredes non datur.

Per affermar ciò, tengo presenti non trascurabili considerazioni.

Innanzitutto, questa. L'*interdictum fraudatorium* nell'epoca classica aveva secondo me, per quanto la cosa sia disputata, carattere penale e non reipersecutorio. Perciò non doveva essere, come le azioni penali, passivamente trasmissibile.

In secondo luogo, anche ammesso il contrario, a me non par dubbio che la responsabilità dell'erede sino a concorrenza dell'arricchimento sia anche nel campo degli interdetti una innovazione giustiniana¹⁾.

Quanto all' *interdictum unde vi* non ho che da rimandare alla mia Nota²⁾, riguardante quest'interdetto, in cui dimostro appunto che la responsabilità dell'autore dello spoglio *post annum* e la responsabilità degli eredi *semper* è ridotta entro i limiti dell'arricchimento da Giustiniano.

Per l' *interdictum quod vi aut clam* la l. 15 § 3 D. 43. 24 osserva:

Hoc interdictum in heredem [*ceterosque successores*] datur in id quod ad eos pervenit.

¹⁾ Per più ampie notizie cfr. E. ALBERTARIO, *La trasmissibilità passiva degli interdetti fino al limite dell'arricchimento dell'erede*, di prossima pubblicazione.

²⁾ *Responsabilità post annum e responsabilità degli eredi nell'interdictum unde vi*, in *Rend. Ist. Lomb.* 1913.

Ma io credo che il testo genuino dicesse:

Hoc interdictum in heredem non datur.

E ciò, perchè l'*interdictum quod vi aut clam* ha, come l'*interdictum unde vi*, chiaro carattere penale.

Per l'*interdictum de precario* la l. 8 § 8 D. 43, 26 afferma:

Hoc interdicto heres eius qui precario rogavit tenetur [*quemadmodum ipse ut, sive habet sive dolo fecit quo minus haberet vel ad se perveniret, teneatur: ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit*].

Ma il testo è stato alterato.

L'inciso *ut - teneatur* appartiene ai compilatori, tanto è prolioso ed involuto (*tenetur ut teneatur!*).

E interpolato è, anche, l'inciso finale:

ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit.

Infatti, l'editto del pretore era così concepito:

Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desideres habere, id illi restituas.

A che quella limitazione?

Essa contraddice al tenore dell'interdetto. Formalmente, ha tutta l'aria di una appiccicatura ¹⁾.

Il Bonfante (*Lezioni* 1913), poi, richiamando la l. 12 § 1 D. 43. 26 (*Celso*), la l. 11 D. 44. 3 (*Papiniano*), le *Sent. Rec.* di *Paolo* 5, 6, 12,

¹⁾ [Ritiene ora, in uno studio recentissimo, l'interpolazione, per quanto in più limitata misura, anche il ROTONDI (*Dolus ex contractu e dolus ex delicto*, estr. dagli *Annali dell'Univ. di Perugia*, p. 40). Egli, richiamandosi a quanto aveva già fuggevolmente accennato in un suo precedente scritto (*La misura della responsabilità nell'actio depositi* in *Arch. giur.* 1909), dimostra come una forte corrente bizantina, repressa da Giustiniano, tendeva a far penetrare la responsabilità per l'arricchimento, oltre che nel campo penale, anche in quello contrattuale. In questa occasione il ROTONDI ha affermato - sia pure, molte volte, appena di corsa - parecchie interpolazioni che, data la mia tesi, non paiono dubbie e che io dimostrerò più diffusamente in seguito. Non è, intanto, chi non veda come già nel risultato, a cui il ROTONDI arriva, la mia tesi trovi una solida base].

dimostra come l'interdetto *quod precario* non fosse mai, nell'epoca classica, trasmissibile contro l'erede e che il testo ulpiniano dovesse dire, conformemente agli altri, soltanto: *Hoc interdicto heres eius qui precario rogavit non tenetur*.

Il criterio analogico consiglia, adunque, di ritenere interpolata la misura dell'arricchimento anche nell'*interdictum fraudatorium* dato che - come anche a me sembra - la l. 10 § 25 e la l. 11 D. 42. 8 ad esso si riferissero. Se non che, a ritenere qui l'interpolazione soccorrono ulteriori indizi.

Innanzitutto giova considerare che nella precedente l. 10 § 24 D. h. t. la responsabilità, fissata dentro il limite dell'arricchimento, del *fraudator* convenuto dopo l'anno è frutto di una chiara alterazione del testo, come il Segré¹⁾ ha recentemente riconosciuto²⁾. Niente di più probabile, quindi, che la stessa misura di responsabilità sia stata introdotta anche quando con l'*interdictum fraudatorium* erano convenuti gli eredi. Si verificherebbe qui, nè più nè meno, quello che abbiamo visto verificarsi nel campo dell'*interdictum unde vi*³⁾.

In secondo luogo, un'altra cosa va tenuta presente. Il breve fr. di Venuleio:

Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem pervenit

non può essere classico per più ragioni. *Introducere actionem* è frase equivoca, che poco arrivano a spiegare il Levy e il Lenel. Tutto il breve periodetto, poi, si può scoprire compilatorio attraverso la l. 35 D. 44. 7 - un testo fondamentale in questa materia della responsabilità fino al limite dell'arricchimento - dove i compilatori han dettato *in modo generale* il nuovo principio.

Quella legge è concepita così:

In honorariis actionibus sic esse definiendum *Cassius* ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non

¹⁾ MÉLANGES GIRARD, 1913.

²⁾ Anche la presenza del « *sed* » dopo « *haec actio heredi competit* » fa supporre che il testo genuino, affermando la trasmissibilità attiva dell'*actio* o, per dir meglio, dell'*interdictum*, negasse la trasmissibilità passiva in modo assoluto

³⁾ Cfr. il mio scritto sopra citato, in *Rend. Ist. Lomb.* 1913.

dantur, nec in heredem dandae sunt [*ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fil in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus*].

L'interpolazione di quest'ultimo inciso, già rilevata da me¹⁾ e riconosciuta ora anche dal De Francisci, credo proprio che sia superiore ad ogni dubbio. Se così è, si può ben vedere a chi appartenga la l. 11 D. 42. 8.

I compilatori, che attribuiscono nella l. 35 cit. la determinazione della responsabilità sino al limite dell'arricchimento a *Cassio*, il quale invece recisamente doveva negarla, l'attribuiscono pure a lui in questa l. 11. La cosa è tanto più verosimile, in quanto che questa l. 11 non appartiene a nessuna delle tre masse, ma pare derivata dall'*Appendice*, la quale rappresenterebbe secondo la ormai assodata ipotesi bluhmiana quella serie di opere sopraggiunte a lavoro iniziato. I commissari, che attendevano allo spoglio della massa editale, a cui appartiene la l. 35 D. 44. 7, avevano fatto dire a Cassio che le *ceterae actiones* (cioè le non reipersecutorie) si trasmettono contro l'erede entro i limiti del suo arricchimento. Nella revisione, compiuta dalla commissione plenaria, la sottocommissione editale stralciò dall'*Appendice* il testo di Venuleio, che probabilmente la sottocommissione papiniana, intesa allo spoglio dell'*Appendice*, non aveva alterato, e lo mutò per togliere ogni contraddizione colla l. 35 cit.: una legge, della cui alterazione i commissari della massa editale non potevano perdere il ricordo. Per trovare questa congettura fondata, basta scorrere la disposizione delle opere appartenenti alle varie masse nel titolo 42. 8.

Ed. 1... 7. 9. 10. 12. 13; *Sab.* 14. 15. 17; *Pap.* 16. 18... 22; *App.* 8. 11. 23... 25.

Due testi soli furono gravemente e visibilmente spostati: due testi appartenenti all'*Appendice*. L'uno di essi, la l. 11, è quello che io ritengo completamente alterato; l'altro, la l. 8, appare d'incerta origine classica al Beseler²⁾.

Interpolando così, i compilatori hanno un'altra volta affermata una massima generale, come già l'avevano affermata nella l. 35. D. 44. 7,

¹⁾ *L'uso classico e l'uso giustiniano di extorquere*, Z. S. S. 1911.

²⁾ *Beiträge*, 2, 56.

e un'altra volta la fanno risalire allo stesso giureconsulto. Essa non vuol soltanto dire, secondo l'intenzione dei compilatori, che l'azione revocatoria si dà contro gli eredi nel limite del loro arricchimento. Se avessero voluto dire soltanto ciò, avrebbero potuto comodamente interpolare la l. 10 § 25 precedente, ad es. così:

Haec actio ceterisque successoribus competit; in heredes similesque personas datur in id quod ad eas pervenit.

Sarebbe stata cosa più semplice e più precisa. Invece, no. Essi vogliono raggiungere due scopi ad un tempo: far chiaramente risaltare che l'azione revocatoria è data contro gli eredi soltanto nel limite dell'arricchimento, e fissare anche il principio generale che un'azione per l'arricchimento esiste sempre, anch. nel campo delle azioni penali, che il diritto classico dichiarava passivamente intrasmissibili. Perciò riallacciano alla l. 10 § 25 la l. 11, che ha riferimento concreto all'azione revocatoria, dato il luogo dove è inserita, ed ha riferimento generale anche alle altre azioni penali, dato il modo con cui è formulata. *Actio* è parola generica che può alludere a qualunque azione. Ed è, infatti, soprattutto su questa l. 11 che l'opinione tradizionale - dal De Francisci giustamente combattuta - si fonda per sostenere la trasmissibilità passiva delle azioni penali¹⁾.

Qualche testo, anzichè non esattamente interpretato, è al De Francisci sfuggito.

Così egli afferma che nelle Pandette non abbiamo nessun testo, il quale affermi la trasmissibilità passiva dell'*actio rerum amotarum*, neppure nei limiti dell'arricchimento.

¹⁾ Cfr. soprattutto e per tutti GIRARD, *Manuel de droit romain*.

Che cosa diceva originariamente VENULEIO nella l. 11 D. 42. 8? È molto facile il pensarlo. Egli doveva dire che CASSIO, data la intrasmissibilità passiva dell'*interdictum fraudatorium*, aveva concessa un'*actio in factum ex causa huius interdicti*. Doveva qui avvenire quello che avveniva nel campo dell'*interdictum unde vi*. (Cfr. E. ALBERTARIO, *Respons. post annum e respons. degli eredi nell'interd. unde vi* in *Rend. Ist. Lomb.*, 1913). I compilatori innovarono in entrambi i casi. La differenza dell'innovazione è soltanto formale. Nel campo dell'*interdictum unde vi* i compilatori distinguono ancora l'*interdictum* dato contro lo spogliatore e l'*actio in factum* data contro gli eredi. Qui invece, fusi l'*interdictum* e l'*actio Pauliana* in una sola azione, non distinguono. Ciò non toglie che l'innovazione sia nel primo caso e nel secondo sostanzialmente identica: l'erede risponde soltanto nella misura del suo arricchimento.

L'osservazione è vera, ma per farsi persuasi che, anche in altri casi, soltanto Giustiniano concede l'*actio rerum amotarum* per conseguire l'arricchimento, basta leggere il titolo del Digesto 25. 2.

La l. 3 § 4 D. h. t. Paulus l. 7° ad Sabinum dice:

Sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfactione defendat. sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, [*nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit*].

E la successiva l. 4 Pomponius l. 16° ad Sabinum continua:

[*dolove malo fecerit, quo minus ad eum perveniret*].

Finalmente la seguente l. 5 Papinianus l. 11° quaestionum conclude:

Viva quoque filia [*quod ad patrem ex rebus amotis pervenit*] utili iudicio petendum est.

Gli incisi, chiusi tra le parentesi, sono tutti quanti interpolati. L'inciso «*nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit*», collocato proprio sulla fine del periodo, è gravemente sospetto. Non genuino appare anche il breve testo di Pomponio aggiunto al testo di Paolo secondo la più volte riscontrata tendenza dei compilatori, che preferiscono interpolare due testi anzichè uno solo. Altrettanto dicasi dell'inciso inserito nella l. di Papiniano.

Interessante è pure una legge del Codice 3. 41 (*de noxalibus actionibus*), in cui l'azione penale, per quanto non data contro l'erede, è però data per conseguire *il solo arricchimento*. La l. 4 di questo titolo dice:

(Impp. Diocletianus et Maxim. Sosio) Si servus ignorante domino vel sciente et prohibere nequeunte res tuas vi rapuit, dominum eius apud praesidem provinciae, si necdum utilis annus excessit, quadrupli, quod si hoc effluxit tempus, simpli noxali iudicio convenire potes: [*qui si noxae maluerit servum dedere, nihilo minus cum ipso quantum ad eum pervenit experiri non prohiberis*:] nam si eo conscio et prohibere valente, detracta noxae deditione conventus ad summam condemnationis solvendam omnimodo compellendus est.

L'interpolazione dell'inciso *qui si - prohiberis* mi sembra evidente. L'inciso rappresenta nel testo una mal fatta parentesi. Il pronome *qui*, poi, è lontanissimo dal sostantivo a cui si riferisce (*dominum*). La frase *quantum (!) ad eum pervenit experiri non prohiberis* è scorretta e in pieno urto con la grammatica. Ecco, pertanto, un altro testo, dal quale risulta che la responsabilità fino al limite dell'arricchimento nel campo delle azioni penali è introdotta da Giustiniano.

Il De Francisci dimenticò poi la l. 1 C. 4. 17, un testo che giova a rafforzare grandemente la sua tesi. Questa l. dice:

(Impp. Diocl. et Maxim. Macedonae) Post litis contestationem eo qui vim fecit vel concussionem intulit [*vel aliquid deliquit*], defuncto successores eius in solidum [*alioquin in quantum ad eos pervenit*] conveniri iuris absolutissimi est, [*ne alieno scelere ditentur*].

La frase « *alioquin in quantum ad eos pervenit* » ognuno vede che è intrusa. Nel testo è un vero ingombro. La costituzione doveva limitarsi ad affermare la trasmissibilità delle azioni penali *post litis contestationem*, come fanno la l. 54 D. 44. 7, la l. 139 pr. D. 50. 17, la l. 164 D. 50. 17, la l. 26 D. 44. 7, la l. 33 D. 44. 7. Il rescritto era stato provocato per sapere *soltanto* ciò che accadeva dopo la *litis contestatio*.

E a me sembra che un'aggiunta post-classica sia anche l'inciso finale « *ne alieno scelere ditentur* »: inciso che sviluppa la precedente interpolazione e che risulta, anche formalmente, sovrapposto al tenore originario del rescritto.

Iuris absolutissimi est è una forma tipica, con la quale i rescritti si chiudono, come le altre *indubitati iuris est*, *certissimi iuris est*, ecc.

3. Sui testi esprimenti in modo generico la responsabilità dell'erede nei limiti del suo arricchimento.

La tesi del De Francisci è gravemente scossa da quei testi, nei quali è affermato che l'erede è sempre tenuto per l'arricchimento derivato dal dolo del defunto, e i quali egli pure riconosce genuini.

I tentativi fatti per eliminare l'ostacolo grave, che per la sua tesi questi testi presentano, non riescono allo scopo.

Ora, io credo che proprio attraverso questi testi la esattezza della sua tesi possa trovare una forte dimostrazione, perchè essi sono - secondo me - tutti alterati.

Il testo, che viene sempre citato a sostegno dell'opinione tradizionale, è la l. 38 D. 50. 17 (Pomponius l. 29° ad Sab.):

Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.

Per un istante il sospetto della interpolazione di questo testo è balenato anche al De Francisci, ma poi egli si decide a ritenere che esso, anzichè provare la trasmissibilità passiva dell'azione penale, provi il contrario, in quanto alluderebbe a quelle azioni che vengono date, invece dell'azione penale, contro l'erede per togliergli l'arricchimento compiuto (*rei vindictio, actio ad exhibendum*, ecc.), e che sono accennate nella l. 1 pr. D. 47. 1.

Questa congettura non è verosimile. La l. 1 pr. D. 47. 1 è redatta in tutt'altro modo. Afferma innanzitutto l'*intrasmisibilità passiva* delle azioni penali; solo poi avverte quali azioni possano essere dirette contro l'erede invece dell'*actio furti*, azione penale, perciò passivamente non trasmissibile. La l. 38 D. 50. 17, invece, contiene una affermazione generale: l'erede non deve *lucrum facere*: qualunque azione può essere esperita perchè ciò non avvenga.

È evidente, però, che la legge è interpolata.

Pomponio doveva limitarsi ad affermare, come tutti i giuriconsulti classici, che:

...ex delicto defuncti heres teneri non debet.

È Giustiniano, l'inventore della categoria delle azioni miste, che nega la trasmissibilità passiva dell'azione per il conseguimento della *poena*, ma l'ammette per il conseguimento del *lucrum*. Perciò egli interpola:

Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.

Precisamente come egli ha già altre volte interpolato. Chi non vede qui stereotipata la motivazione giustiniana contenuta in D. 4. 2. 16, 2:

...licet enim *poena* ad heredem non transeat, attamen *quod turpiter vel scelere quaesitum est*, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere?

o la motivazione contenuta in D. 3. 6. 5:

...nam est constitutum *turpia lucra* heredibus quoque extorqueri, licet *crimina* extinguatur?

La motivazione è la stessa. Come un'aria, che a quando a quando ritorna in un'opera musicale. La motivazione nel testo di Pomponio, poi, è scorrettamente eseguita. Dovevasi dire:

Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non *debet*. Perché *debeat*? È una delle molte sgrammaticature dei compilatori

Un'altra affermazione generale, addotta dall'opinione tradizionale per dimostrare la trasmissibilità passiva dell'azione penale nei limiti dell'arricchimento dell'erede, è contenuta nella l. 44 D. 50. 17 (Ulpianus l. 29 ad ed.):

Totiens in heredem damus de eo quod ad eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti convenitur, non quotiens ex suo.

Il De Francisci osserva che il testo, il quale così isolato ha veramente per il diritto giustiniano quel significato che gli attribuisce l'opinione da lui combattuta, rappresenta invece per il diritto classico, e nel contesto dal quale fu tolto, un concetto ben diverso nè si riferisce alle azioni penali. Esso è tolto infatti dalla fine della l. 9 § 2 D. 14. 4:

Si servo testamento manumisso peculium legatum sit, non debere heredem tributaria teneri, quasi neque ad eum pervenerit neque dolo fecerit, Labeo ait. sed Pomponius libro sexagesimo scripsit heredem nisi curaverit caveri sibi a servo vel deduxit a peculio quod tribuendum erat, teneri tributaria, quae sententia non est sine ratione: ipse enim auctor doli est, qui id egit ne intrinsecus: totiens enim in heredem damus de eo quod ad eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti convenitur, non quotiens ex suo.

È evidente - osserva il De Francisci - che Ulpiano (o il citato Pomponio) non pensa affatto ad esporre una regola generale relativa alle azioni penali, ma solamente al caso singolo della misura della responsabilità dell'erede nell'*actio tributoria*.

A me pare evidente il contrario. Quando si scrive « *totiens enim in heredem damus de eo quod ad eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti convenitur*, non *quotiens ex suo* » si fa una affermazione, che non saprei immaginar più generale, per quanto prenda occasione da un caso particolare. Ma, ciò non ostante, la tesi del De Francisci non è scossa, perchè è una affermazione chiaramente interpolata. Rimando alla mia Nota sulla Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nell'*actio tributoria* e nell'*actio de peculio*¹⁾, in cui ho cercato di dimostrare questa interpolazione. Ai varii indizi, in quella Nota enumerati, aggiungo ora il *damus* senza oggetto.

Un altro testo, favorevole all'opinione combattuta dal De Francisci, è la l. 157 § 2 D. 50. 17 (Ulpianus l. 71° ad ed.):

In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id quod pervenit verum etiam in solidum tenentur, hoc est unusquisque pro ea parte qua heres est.

Il De Francisci avverte che il testo solo apparentemente è favorevole a quell'opinione: in realtà esso si ricollega alla l. 8 § 8 D. 43. 26:

Hoc interdicto (de precario) heres eius qui precario rogavit tenetur quemadmodum ipse, ut, sive habet sive dolo fecit quominus haberet vel ad se perveniret, teneatur; ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit. In contractibus (autem) successores etc.

L'antitesi - incalza il De Francisci - era quindi posta non già tra contratto e delitto, o azione *ex contractu* e azione penale, ma fra l'azione *ex contractu* e gli interdetti o, per dir meglio, l'interdetto *de precario*, i cui principii non devono affatto confondersi con quelli delle azioni penali, trattandosi di due formazioni storicamente e strutturalmente affatto distinte.

¹⁾ *Rend. Ist. Lomb.*, 1913.

A mio avviso, si tratta di un testo che all'opinione tradizionale potrebbe essere anche in realtà favorevole. Se non che, esso non è genuino.

Le osservazioni del De Francisci a questo riguardo non reggono. Non reggono da un punto di vista generale, in quanto che, come io ho già avvertito più sopra, la determinazione della responsabilità nei limiti dell'arricchimento dell'erede appare anche nel campo degli interdetti frutto di una innovazione giustiniana. Non reggono da un punto di vista speciale, in quanto che io ho già cercato di dimostrare la interpolazione della l. 8 § 8 D. 43. 26, relativa all'*interdictum de precario*, dalle parole *quemadmodum ipse* sino alla fine. Ammessa, come a me pare certo che debba ammettersi, questa interpolazione, risulta chiara la interpolazione nella l. 157 § 2 D. 50. 17 delle parole: *non tantum in id quod pervenit verum etiam*¹⁾ Il testo doveva semplicemente dire:

In contractibus (autem) successores ex dolo eorum, quibus successerunt, in solidum tenentur.

I compilatori, che avevano, a proposito dell'interdetto *de precario*, distinto tra dolo del defunto e dolo dell'erede e avvertito che l'erede convenuto con quell'interdetto è per il dolo del defunto tenuto solamente *in id quod pervenit*, sentono il bisogno di dire, a proposito dei contratti, che l'erede

non tantum in id quod pervenit, verum etiam in solidum tenetur

ed il loro concetto esprimono con quella forma *non tantum ... verum etiam*, così frequentemente da essi preferita nel mutare i testi classici.

L'ultimo testo, che l'opinione tradizionale adduce, è la l. 127 D. 50. 17 (Paulus l. 20 ad ed.):

Cum praetor in heredem dat actionem, quatenus ad eum pervenit, sufficit si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti.

¹⁾ [Così ora anche ROTONDI, *Dolus ex contractu* etc. p. 40. A me sembra insicuro anche l'inciso finale « *hoc est* etc. », ma per ora su questo punto non insisto].

Anche per questo testo il De Francisci osserva che è dubbio se alluda ad una azione penale: ma pur supposto che vi alluda, si riferirebbe secondo lui a quei casi in cui il pretore dà espressamente un'azione *in factum*, non penale, contro l'erede.

Anche ciò non è esatto. Innanzitutto perchè, come or ora dirò, le azioni pretorie, concesse contro l'erede invece delle non trasmissibili azioni penali, non erano dirette all'*id quod pervenit*; in secondo luogo, perchè il testo contiene un principio generale, non ristretto a quei pochi determinati casi, a cui il De Francisci accenna.

Come tutti i precedenti, questo testo è favorevole all'opinione tradizionale. Se non che, come tutti i precedenti, è un testo interpolato. Basta, per dimostrare la interpolazione, badare alla collocazione originaria che esso nell'opera del giureconsulto aveva. Avrebbe dovuto essere un testo appartenente alla materia della *hereditatis petitio*; avrebbe dovuto commentare la rubrica: *Si hereditas petatur*¹⁾. Si dica, ora, se ciò è mai possibile: se è mai possibile che nel campo della *hereditatis petitio*, diretta dall'erede contro il possessore in buona o in mala fede dell'eredità, Paolo uscisse fuori con una variante di questo genere:

Cum praetor *in heredem* (!) dat actionem etc....

La cosa non può a meno di sorprendere. Però, oramai, a queste sorprese dei compilatori noi siamo quasi abituati. Il testo apparterebbe al *Commentario di Paolo ad Edictum*, a quel Commentario, cioè, dal quale molte volte i compilatori tolgono l'*iscrizione* del testo e niente più: quel commentario, insomma, al quale i compilatori fanno risalire quei testi brevi ch'essi lì per lì inventano nel riallacciare i frammenti qua e là raccolti dalle opere classiche nei singoli titoli del Digesto²⁾. Più la critica delle fonti progredisce, più è possibile scorgere quante siano state le alterazioni fatte in quest'opera di Paolo.

Dimostrata la interpolazione di questi testi, i quali in generale affermano la responsabilità dell'erede nei limiti del suo arricchimento, la tesi del De Francisci è collocata su più solide basi. La

¹⁾ Cfr. LENEL, *Palting. tur. civ.*

²⁾ Chi scorre i frammenti del *Commentario di Paolo ad edictum*, così come sono ordinati nella Palingenesi leneliana, resta subito colpito nel vederli moltissime volte così brevi, così spezzati, così sospesi.

loro genuinità gettava ombra sulla tesi stessa e non permetteva di apprezzarla esattamente. Erano quattro testi, che contenevano enunciazioni generali, invadenti anche per ciò quel campo delle azioni penali, che il De Francisci mal riusciva a separare dagli altri, a isolare in modo completo.

Oltre questi testi, appartenenti tutti al titolo *de regulis iuris* - dove i compilatori stabiliscono la regola della trasmissibilità di qualunque azione, *anche penale* (per essi mista!), onde conseguire l'*arricchimento* dell'erede, facendola credere una regola già nota a Pomponio, Ulpiano e Paolo - la trasmissibilità passiva delle azioni penali ci appare attraverso una costituzione diocleziana, inserita nell'Ermogeniano visigotico:

Licet ante litem contestatam defuncto qui ex proprio delicto conveniri potuit, successores non possint poenali actione conveniri, tamen hos etiam in tantum quantum ad eos pervenit teneri, ne scelere ditentur alieno, certissimi iuris est. auditis itaque partium allegationibus u. c. proconsul provinciae Africae amicus noster in pronuntiando formam iuris sequetur.

Alcune considerazioni possono illuminare al riguardo. La costituzione ha un contenuto analogo a quello della l. 1 C. 4. 17, appartenente anch'essa a Diocleziano.

C. 4. 17. 1.

Herm. Wis. 2. 1.

(Imp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. *Macedonae*).

(*Aurelio Ennio Saturnino*).

Post litis contestationem eo qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit, defuncto successores eius in solidum, [*alioquin in quantum ad eos pervenit*] conveniri iuris absolutissimi est [*ne alieno scelere ditentur*]. D. v k. Mai. Sirmi CC. cons. (a. 294).

Licet ante litem contestatam defuncto, qui ex proprio delicto conveniri potuit, successores non possint poenali actione conveniri, tamen hos etiam [*in tantum quantum ad eos pervenit teneri, ne scelere ditentur alieno*] certissimi iuris est.

È possibile - secondo me - dimostrare che Diocleziano non poteva scrivere così nè l'una, nè l'altra costituzione¹⁾. Richiamo la

¹⁾ Come nella c. 1 C. 4. 17, così nell'*Herm. Wis. 2. 1*, l'espressione *in tantum quantum ad eos pervenit teneri* non può assolutamente riferirsi ad altra azione

l. 3 C. 5. 21 dello stesso imperatore a proposito dell'*actio rerum amotarum*, in cui la misura della responsabilità dei successori *quantum ad eos pervenit* è certamente non genuina. L'alterazione - lo abbiamo visto - ha dato origine a un testo contorto e *sgrammaticato* (*rerum amotarum actione uti contra successores quantum (!) ad eos pervenit*). Se così è, come non pensare che Diocleziano in C. 4. 17. 1 e in Herm. Wis. 2. 1 negasse, come qui negava, la trasmissibilità delle azioni contro l'erede *in id quod ad eum pervenit* prima della contestazione della lite? Il pensarlo è veramente inevitabile.

Si aggiunga, poi, che la l. 1 C. 4. 17 ha, essa pure, indizi di alterazione non lievi e già li ho segnalati. La frase « *alioquin in quantum ad eos pervenit* », appare con un vero sforzo intrusa nel testo, e la frase successiva, che la lumeggia « *ne alieno scelere ditentur* », soggiunta dopo la forma solita, tipica, con cui il rescritto si chiude (*absolutissimi iuris est*), appare anch'essa insiticia.

Si può, io credo, dopo ciò concludere che il tenore genuino dell'Erm. Wis. 2. 1 non fosse quello, che a noi è pervenuto. Verosimilmente doveva essere il seguente:

Ante litem contestatam defuncto, qui ex proprio delicto conveniri potuit, successores non posse poenali actione conveniri certissimi iuris est.

Questa ipotesi incontrerà facili obiezioni. Nello studio generale, che ho in corso, cercherò di confutarle con critica minuta. Qui traccio soltanto la linea delle mie riflessioni, che giova già per se stessa a combattere le obiezioni, che possono venir sollevate.

che non sia l'azione penale, ricordata poco prima. Erronea è, perciò, intorno a questo punto, l'opinione del DE FRANCISCI.

Se la c. intendeva alludere a qualche altra azione, avrebbe chiaramente detto a quale. Nè, in quest'ultima ipotesi, si sarebbe preoccupata di distinguere fra il tempo antecedente e quello susseguente la *litis contestatio*. I.a c., insomma, riguarda l'azione penale e la diversa condizione degli eredi, a seconda che sono convenuti *prima* o *dopo* la contestazione della lite.

D'altronde in una prossima Nota io mi propongo di dimostrare come tutte le espressioni « *in tantum quantum ad eum pervenit, in id quod pervenit, quantum pervenit* etc. » appartengano alla *tarda* epoca post-classica, soprattutto all'epoca giustiniana, e siano la concreta manifestazione di quel concetto della responsabilità derivante dall'arricchimento, che in questa serie di Note io cerco dimostrare non classico. Con Diocleziano quel concetto non è ancor sorto!

Io ragiono così.

Diocleziano non conosceva la trasmissibilità delle azioni penali nei limiti dell'arricchimento dell'erede. Se l'avesse conosciuta, ad essa avrebbe accennato nella l. 3 C. 5. 21, a proposito dell'*actio rerum amotarum*.

L'accenno *scorretto*, che in questa l. si trova, è, invece, per *sicuri* indizi non genuino.

La logica ci costringe perciò a ritenere che la l. 1 C. 4. 17. e l'Herm. Wis. 2. 1, appartenenti a Diocleziano e accennanti alla trasmissibilità passiva delle azioni penali dentro il limite dell'arricchimento, non siano genuine anch'esse. Oltre la logica, anche il metodo esegetico, applicato alla l. 1 C. 4. 17 ce ne rende facilmente convinti ¹⁾.

Ma quando furono alterate le due leggi? Esse hanno una così viva somiglianza di forma, che non si può credere che siano state alterate da mano diversa.

(l. 1 C. 4. 17):

in quantum ad eos pervenit (con-
veniri)

(Herm. Wis. 2. 1):

*in tantum quantum ad eos per-
venit teneri*

ne alieno scelere ditentur.

ne scelere ditentur alieno.

Essendo l'opera della stessa mano, io conchiudo che la l. 1 C. 4. 17 giunse ai compilatori *già alterata*, così come ora si trova. Dopo l'indirizzo dei più recenti studii, ciò non deve recare sorpresa. E, se anche a tutta prima ciò la recasse, dopo attenta riflessione essa dovrebbe scomparire.

Io conchiudo che le due costituzioni furono *già alterate* *attraverso il Codice Ermogeniano*. Non alterate certo nella prima edizione di questo Codice, fatta in epoca ancor troppo vicina alla data delle costituzioni diocleziane, ma alterate invece successivamente nella *edizione*

¹⁾ Oltre la l. 3 C. 5. 21 e la l. 1 C. 4. 17, tutte le altre costituzioni di Diocleziano, riferite nel *Codice giustiniano* e contenenti la determinazione della responsabilità fino al limite dell'arricchimento, sono interpolate. Cfr. l. 2 C. 8. 4 (ALBERTARIO, *Respons. post annum e respons. degli eredi nell'int. unde vi*, in *Rend. Ist. Lomb.*, p. 303 [ora anche ROTONDI, *Dolus ex contractu* etc. p. 25, n.]; l. 4 C. 3. 41, la cui interpolazione ho rilevato in questo scritto, etc.

assai più tarda, quando nel Codice Ermogeniano vennero inseriti i sette rescritti di Valentiniano degli anni 364-365¹⁾. Non bisogna dimenticare che queste private raccolte di leggi avevano scopo *pratico*; dovevano rispecchiare *in modo possibilmente fedele* il diritto vigente all'epoca del loro compilatore. Se a queste raccolte lo *scopo pratico* è tolto, viene tolto *tutto*.

Che la *tarda edizione* del Codice ermogeniano *non dovesse fedelmente* riprodurre le costituzioni emanate nelle epoche precedenti, lo dimostra una considerazione non lieve. La considerazione - cioè - che nella necessità di mutare si trovano *tutti quanti i tardi compilatori*. Giustiniano non è solo. Egli mutò più che tutti, anche perchè dal diritto classico era il più lontano di tutti. Lo stesso Teodosio II con la costituzione del 21 dicembre 435 diede incarico alla commissione compilatrice del *Codice teodosiano* di modificare o interpolare i testi (*demendi supervacanea verba et adicendi necessaria et mutandi ambigua et emendandi incongrua tribuimus potestatem*).

Fu soltanto prima (quando volle raggiungere uno scopo *scientifico*) che con la costituzione del 26 marzo 429 espressamente sancì che il codice, avente per iscopo di servire alla scuola ed alla scienza (*scholasticae intentioni*) dovesse contenere le costituzioni viete e disusate, serbare intatto il testo delle singole *leges generales*.

La differenza tra le compilazioni ufficiali (il *Cod. teodosiano*) e le compilazioni private (ad es. il *Codice Ermogeniano*) era in ciò che le alterazioni in queste ultime sono innanzitutto *molto meno frequenti*; sono, poi, il *riflesso di un nuovo stato del diritto*, ma non possono derivare *naturalmente* dalla diretta iniziativa innovatrice del loro compilatore.

L' Herm. Wis. 2. 1, pertanto, non costituisce - a mio avviso - un ostacolo posto innanzi alla bella tesi del De Francisci. È, piuttosto, un testo prezioso, che illumina tutto un cammino - finora lasciato nell'ombra, ma sul quale anche da altre parti comincia a sfolgorare un po' di luce. Esso dimostra che i commissari giustinianeî si trovavano dinanzi molte volte a testi già alterati e già adattati al nuovo diritto vigente: che, se, inoltrandoci nello studio del *Corpus iuris*, ci accorgiamo man mano che le alterazioni portate al diritto classico

¹⁾ Cfr. BONFANTE, *St. del dir. rom.*, 2ª ediz., p. 804.

sono *ingenti*, non c'è da meravigliarsene, perchè non sono dovute soltanto ai commissari giustinianeî, ma anche ai compilatori e raccoglitori precedenti. Siamo avvisati che l'opera di Giustiniano fu in realtà più semplice e più facile di quel che fin qui è stato ritenuto¹⁾.

4. Sulle azioni pretorie concesse in luogo delle azioni penali contro l'erede.

Il De Francisci avverte che l'intrasmissibilità passiva delle azioni penali durante l'epoca classica è dimostrata dal fatto che in alcuni casi lo stesso pretore ha sentito la necessità di sancire un'azione contro l'erede, ciò che sarebbe stato superfluo, ove la trasmissibilità passiva fosse, invece, esistita.

¹⁾ Potrà sembrare che un'esegesi, la quale impugna anche quel che ci resta della giurisprudenza antica al di fuori della compilazione di Giustiniano, proceda con un'audacia superiore a quella di Archimede. Questi domandava un punto nello spazio e si riprometteva da quello di muovere la terra. Quella rinuncia a qualunque punto di appoggio e fa leva tanto nelle fonti giustinianee quanto in quelle antegustinianee. Ma io sono convinto che questi ardimenti non debbano essere abbandonati: che, fra non molto, saranno valutati anche più esattamente. Certamente ogni indirizzo nuovo porta con sé esagerazioni e difetti. E sì dalle une che dagli altri è bene guardarsi. Ma nello stesso tempo non crederei che si debba fare come chi, per la sola paura di sbagliare in qualche punto la strada, non si mette mai in cammino. E, soprattutto, per quanto la tradizione possa sui nostri animi, non dobbiamo chiudere gli occhi davanti alla luce. Io ritengo, ad esempio, nel suo complesso una pura opera classica le Istituzioni di Gaio e giudico eccessiva la recente tendenza del KNIEP (d'altra parte *non dobbiamo sforzarci di non vedere* quei glossemi che infiniti indizi lasciano scoprire nel tardo manoscritto veronese). Ma io non mi sento di dover trattare collo stesso rispetto le *compilationes* del periodo romano-ellenico siano esse di *tura* (Frammenti Vaticani) siano esse di *leges* (i *Codices*). Qualunque *compilatore* ha uno scopo *pratico* davanti a sé: raccoglie e ordina, *adatta e muta*. Gli adattamenti e i mutamenti sono sporadici: fatti per un istituto; dimenticati o in qualsivoglia modo ommessi, forse, per l'altro. Ma se difficili ad essere scoperti, non sono introvabili: se consigliano cautela somma nella ricerca, non sconsigliano la ricerca in sé. Così io affermo la alterazione dell' *Herm. Wis.* 2. 1, indicata nel testo. Così io ho affermato la alterazione dei *Framm. Vat.* relativi alle *excusationes*. La pubblica recisa adesione a quest'ultimo riguardo di un sommo Maestro, il MITTEIS, che pur nello stesso volume della *Sav. Zeitschr.* ammoniva contro la intemperante ricerca di interpolazioni nel *Corpus iuris*; gli studii venuti poi del SOLAZZI e del DE FRANCISCI; numerose adesioni private di romanisti valenti, mi hanno fatto apprendere che la mia tesi era ardita, sì, ma di quell'ardimento che al metodo storico non deve mancare.

L'osservazione è giusta. Ma nello svilupparla egli non vagliò, secondo me, esattamente i testi e cadde in qualche equivoco. Io non mi diffondo molto su queste inesattezze e su questi equivoci, già rilevati in un altro scritto ¹⁾: mi limito ad un sommario accenno.

Quale era il contenuto dell'*actio in factum*, concessa dal pretore contro l'erede in luogo della non trasmissibile azione penale?

Il De Francisci ammette che questa azione fosse diretta a togliere all'erede l'*id quod ad eum pervenit*. Sicchè, a questo riguardo, la riforma giustiniana apparirebbe soltanto processuale, non sarebbe anche sostanziale.

Ora, io ho cercato di dimostrare che la misura dell'arricchimento è anche qui interpolata da Giustiniano. I testi, che la contengono, sono tutti quanti sospetti. Il regime classico traspare da testi che il De Francisci o fraintende o dimentica.

Così la l. 1 § 1 D. 16. 3, dettata nel campo del deposito necessario, dice che l'azione contro l'erede per il dolo del defunto sarà data *in simplum*. Ora il *simplum* non è un concetto da confondersi con l'*id quod pervenit*, come inavvertitamente fa il De Francisci.

Il contenuto dell'*actio in factum* diretta contro l'erede doveva corrispondere a quello dell'*actio in factum*, anch'essa non penale, diretta dopo l'anno contro l'autore del delitto. Ciò per un evidente criterio di analogia. Ora, ecco che cosa affermano al riguardo le nostre fonti.

La l. 14 § 1 D. 4. 2, dettata nel campo dell'*actio quod metus causa*, dice che l'azione è promessa dal pretore, trascorso l'anno, *in simplum*.

La l. 4 § 8 D. 47. 8, dettata nel campo dell'*actio de turba*, dice anch'essa che quest'azione dopo l'anno *in simplum competit*.

Le ll. 2. 3. 4. 5 C. 9. 33, dettate nel campo dell'*actio vi bonorum raptorum*, affermano la stessa cosa (l. 2: post annum *in simplum* intendere non vetaris; l. 3: post (annum) *simpli* actione conveniri posse non ambigitur; l. 4: post (annum) *in simplum* dominus eius... conveniri potest; l. 5: actione vi bonorum raptorum, quae in quadruplum intra annum utilem ac post *in simplum* constituta est).

¹⁾ Cfr. E. ALBERTARIO, *Responsabilità nelle azioni pretorie concesse invece delle azioni penali contro l'erede*, Rend. Ist. Lomb., 1913.

Giustiniano, che riconosce la trasmissibilità passiva delle azioni penali nella misura dell'arricchimento dell'erede, introduce questa misura di responsabilità anche nelle azioni *in factum*, pretorie, non penali.

Egli non sempre le sopprime: qualche volta ne altera o, per dir meglio, ne riduce il contenuto. Le interpolazioni, che egli arreca ai testi classici, sono vaste ma non per ciò meno sicure.

Giustiniano tenta anche di introdurre questa speciale misura di responsabilità nell'*actio in factum* concessa dopo l'anno contro l'autore del delitto. A questo riguardo le interpolazioni sono più rare, ma abbiamo ad ogni modo in esse un indice della volontà di Giustiniano.

La genuina l. 14 § 1 D. 4. 2 afferma - come abbiamo veduto - che l'*actio quod metus causa* sarà data dopo l'anno contro l'autore della violenza *in simplum*.

La interpolata l. 28 D. 4. 3 afferma che l'*actio doli* deve essere data dopo l'anno contro l'autore del dolo *nei limiti del suo arricchimento*:

Cui *conueniens est, ut et in ipso qui dolo commiserit, [in id quod locupletior esset] perpetuo danda sit in factum actio*¹⁾.

5. La responsabilità in *id quod peruenit*.

Volentieri mi sono indugiato intorno a questi interessanti *Studi* del De Francisci che, per quanto non scevri di mende, per quanto in alcuni punti - soprattutto a proposito delle azioni *in factum* concesse dal Pretore contro l'erede invece delle azioni penali - non esatti, e in altri - soprattutto a riguardo dei rimedi processuali classici dati contro l'erede - non completi; raggiungono un risultato veramente importante e, a mio avviso, sicuro. Esso non è - io credo - destinato a perire.

Poichè un nuovo grande motivo conferma, secondo me, le interpolazioni dei testi segnalati dal De Francisci e ribadisce, con ciò,

¹⁾ L'equivoco più grave, in cui il De Francisci è caduto, è quello di ritenere che la l. 17 § 1 D. 4. 3 colle parole «*haec actio*» si riferisse all'*actio in factum* non penale, mentre indubitatamente si riferisce all'*actio doli*.

l'origine giustiniana della trasmissibilità delle azioni penali *nei limiti dell'arricchimento* dell'erede.

Il motivo, questo. La responsabilità *nei limiti dell'arricchimento* rappresenta una innovazione post-classica, penetrata largamente attraverso il lavoro dei compilatori nel *Corpus iuris civilis*. Se, come io spero di aver già dimostrato e di dimostrare, la responsabilità *in id quod pervenit* è interpolata in tutti gli altri campi in cui la si incontra, è lecito attribuirla ai compilatori giustinianeî anche quando la si incontra nel campo delle azioni penali. Al contrario non mi nascondo che l'esser già stata riconosciuta per altri motivi l'origine giustiniana di questa speciale misura della responsabilità nel campo delle azioni penali, giova a rafforzare e a stabilire su sempre più solide basi la mia indagine, che mira a dimostrare come la responsabilità nei limiti dell'arricchimento sia una chiara tendenza dell'epoca post-classica.

Un'indagine dà, all'altra, luce e riceve luce dall'altra. Quando questo accade, c'è da esserne lieti.

EMILIO ALBERTARIO.

Camerino, aprile 1913.

RECENSIONI

Rosenberg (A.), *Der Staat der alten Italiker*, Berlino, Weidmann, 1913.

L'autore di questo interessantissimo libro, il quale porta il sottotitolo di *Untersuchungen über die ursprüngliche Verfassung der Latiner, Osker und Etrusker*, è già favorevolmente noto nel campo degli studii per le sue ricerche intorno alla costituzione centuriata (*Untersuchungen zur römischen Zenturienverfassung*, Berlino, Weidmann, 1911). Forse altri (non certo molti a mio credere), prima di lui, avevano notato la scarsa attenzione portata dagli studiosi del diritto pubblico romano alle antiche costituzioni e magistrature italiane: e nessuno del resto poteva ritenere sufficienti i sommari rilevi contenuti nella magistrale opera del Beloch sull'*Italischer Bund*. Oggi, il Rosenberg, un allievo dell'Hirschfeld e del Meyer ha osato affrontare questo difficile tema, e, a malgrado della scarsità, talora scoraggiante, dei materiali, è riuscito a presentarci un quadro abbastanza completo delle antiche magistrature, delle assemblee e dei consigli italici, mettendone in luce i tratti principali, nonchè la loro trasformazione in seguito alla romanizzazione dell'Italia. S'io male non mi appongo, la maggior parte delle sue conclusioni ha tale fondamento, che in seguito ad esse gli storici del diritto pubblico romano dovranno aggiungere ai loro studi e ai loro corsi un nuovo e necessario capitolo.

Sull'origine dell'edilità noi non avevamo sinora, che qualche ipotesi fondata sull'etimologia derivante *aedilis* da *aedis*: ma nessuna prova sicura era offerta dal ricollegarsi di quella magistratura con originarie funzioni religiose. Il Rosenberg mi pare abbia dimostrato come gli edili non siano nè in Roma, nè in Arpino e Fundi e

Formiae, dove ne troviamo tre, una magistratura originaria. In queste ultime città Volsche (dove precedentemente dovette essere in vigore la forma osco-volsca dei due *meddices*), essa è stata introdotta in seguito alla latinizzazione, ma non già sull' esempio di Roma (perchè le notizie che noi possediamo sull' edilità a Fundi escludono questa possibilità), bensì sull' esempio di un' altra città latina, nella quale pure esistevano i tre *aediles*, di Tusculum cioè, che, secondo il Rosenberg, deve considerarsi come la culla di quella magistratura. A Tusculum noi troviamo infatti gli edili come supremi magistrati della città, ma accanto a questi un edile con funzioni religiose, le quali si ricollegano col culto dei Dioscuri: l' edile-sacerdote deve essere anteriore (si ricordi l' etimologia) all' edile-magistrato. L' evoluzione deve essere avvenuta nel modo seguente: alla fondazione della repubblica a Tuscolo - anche qui la tracce dell' antico regime monarchico sono rimaste nel *rex sacrorum* - o almeno alla costituzione dello stato, quale esso ci si presenta, ai sacerdoti preposti al culto dei Dioscuri sono state affidate le redini dello Stato: più tardi, come dappertutto, si venne alla separazione della magistratura dal sacerdozio, ma ancora ad un *aedilis* rimasero affidate le funzioni di culto. L' edilità plebea deve avere avuto origine simile. Gli *aediles plebis*, esistevano come sacerdoti già anteriormente alla costituzione politica della plebe: quando la plebe si organizzò, sull' esempio di Tuscolo essa affidò ai sacerdoti delle due divinità uffici amministrativi e di polizia.

Non meno importanti sono i risultati raggiunti con un esame del materiale, soprattutto epigrafico, relativamente al *meddix* e alla *censura* presso le popolazioni osche. Due *meddices* noi troviamo di regola a capo delle comunità osche: ma v' ha una differenza fondamentale fra i *meddices* e i consoli romani, o i *praetores* delle città latine e i *duoviri* delle colonie, e questa è data dall' assenza della collegialità, anzi dalla subordinazione di un *meddix* all' altro. Il singolare e, per la magistratura romana, fondamentale concetto della collegialità è estraneo alle popolazioni osche.

Inoltre il concetto del *meddix* non è affatto unitario, ma può rappresentare diversi magistrati con poteri più o meno limitati e graduati: donde anche una divisione di competenza fra i *meddices*, la quale chiaramente appare a Nola e a Pompei.

La censura è pure presso gli oschi, come presso i latini, magistratura autoctona: noi troviamo due censori a Histonium come a Roma, e i censori sono pure rammentati in una iscrizione osca di Bovianum vetus, come in iscrizioni latine - in cui peraltro sembrano ricordati ordinamenti originarii - di Abellinum, Aletrium, Ferentinum, vale a dire nelle terre degli Irpini e degli Ernici. Senonchè, esaminando attentamente i materiali, appare come la censura non sia tanto nelle origini una magistratura quanto una semplice funzione; censore era il nome che il magistrato locale assumeva ogni quinto anno, allorchè si doveva attendere al censo, alla *lustratio*. I *quinquennales* non sono pertanto istituzione romana: tipicamente e specificamente romana è invece l'introduzione di censori stabili, accanto ai magistrati ordinari.

Il Rosenberg studia pure il singolare fenomeno dei collegi di magistrati (otto in Trebula Mutuesca, Nursia, Amiternum) che si incontrano presso i Latini; questi *octoviri* si dividono in coppie, con speciali competenze, e quindi l'ordinamento è nel suo principio ispirato alle stesse idee da cui sono rette le magistrature osche e manca quel concetto almeno teorico dell'unità dell'*imperium* ch'è caratteristico di Roma: ma questi collegi di *octoviri* costituiscono una istituzione, che ha una importante significazione storica, perchè dagli *octoviri* si è sviluppato l'ordinamento municipale dei *quattuorviri*.

Dopo alcuni rilievi intorno ai *marones* umbri, il cui nome si è conservato a lungo anche sotto la dominazione romana, l'A. affronta un problema del massimo interesse - ma la cui soluzione non potrà essere definitiva finchè non sia risolto il problema della lingua - quello cioè della magistratura etrusca. Dal ripetersi di taluni titoli nelle iscrizioni sepolcrali osa peraltro il nostro autore ricavare alcune conseguenze, che, se non sicure, sono almeno probabili. *Zilaθ*, che si trova nelle iscrizioni accostate a *mexl*, termine che per concorde opinione degli etruscologi designa la lega etrusca, il *κοινόν*, deve stare a rappresentare un magistrato della lega etrusca. *Zilaχ* invece designerebbe un magistrato locale, come il *marniu* e il *purðne* di altre iscrizioni, mentre il *marunux* starebbe pure in relazione colla lega. Le conclusioni a cui giunge il Rosenberg sono le seguenti: lo *zilaθ* è il magistrato che sta a capo della lega etrusca, che viene scelto (per turno?) fra le diverse comunità, e che probabilmente non

può essere riletto alla stessa carica, perchè nelle iscrizioni non compare mai l' iterazione. Accanto allo *zilaθ*, il quale nell' epoca romana, allorché la lega non aveva più nessun carattere politico, è designato come un *sacerdos* eletto dai *duodecim populi* e porta il nome di *praetor Etruriae*, sta il *marunux* (= *aedilis Etruriae*). Ogni comunità invece è retta da un *zilaχ*, (le cui caratteristiche possono studiarsi a proposito del *dictator* di *Caere*), rileggibile, accanto al quale per le funzioni minori stanno il *marniu* e il *purθne*: il " *lucumo* ", ricordato dalla tradizione romana, starebbe a rappresentare il capo delle singole comunità, allorché queste si reggevano a forma monarchica, prima che fosse adottato, con un passaggio comune a molti popoli dell' antichità, il regime repubblicano. Io non riferisco che i tratti principali dell' esposizione del Rosenberg, il quale esamina largamente i materiali epigrafici e la tradizione storica, e al quale forse si può muovere l' appunto di una eccessiva fiducia nella sicurezza dei suoi risultati. Ma tuttavia è certo, che i suoi rilievi sulle insegne dei magistrati etruschi (vedi a. il cap. 9 sulla origine dei littori) e sulla natura del loro *imperium* costituiscono un risultato molto degno di attenzione per chi si faccia poi a studiare i caratteri dell' *imperium* in Roma e non dimentichi l' influenza della dominazione etrusca sulla città del Tevere.

Nè meno interessanti e importanti sono le osservazioni sulla dittatura e la pretura nel Lazio, nonchè quelle intorno all' origine del *magister equitum* che il Rosenberg ricollega, con una felice ipotesi, al *magister, praetor, praefectus iuvenum*.

Dall' insieme di queste ricerche appare peraltro, come, dal punto di vista delle magistrature, le popolazioni italiane possano distinguersi in due grandi famiglie: gli Etruschi da un lato, gli Umbri, gli Oschi, i Latini dall' altro. La magistratura osco-latina, nota il Rosenberg, è caratterizzata dalla sua grande semplicità. L' antica comunità osca conosce un solo ufficio, quello dei *meddices*: gli Umbri hanno solo i *marones*, i Latini i *praetores*; caratteristica comune è anche il numero di due. Ma anche presso le popolazioni osco-sabelliche manca il concetto unico indivisibile della magistratura, e il principio della collegialità, che costituiscono la base originale della costituzione romana.

Ben diverso appare invece l' ordinamento delle comunità etrusche:

qui appaiono almeno tre titoli, e quindi tre funzionarii con diversi uffici: donde un sistema di magistrature e un *cursus honorum*. Invece di una coppia di magistrati, un unico *zilaχ-dictator*, erede dell'antico monarca. Il solo carattere comune colle magistrature osco-latine è l'annualità, forse derivata da influenze greche.

In Roma si sono incontrati i due sistemi: abbiamo a capo dello Stato due magistrati, come nelle comunità osco-latine, ma ciascuno di essi è rivestiti dell'*imperium*, come il *dictator-zilaχ* etrusco. È questa, secondo il Rosenberg, una *geniale Paradoxie*; e da essa deriva tutta la caratteristica formazione ed evoluzione della costituzione romana.

Per cui ciascuno vedrà, quanto queste ricerche sulle magistrature italiche vengano a portare nuova luce sulla storia del diritto pubblico romano: ed io vorrei che con uguale diligenza venissero esaminate le pagine, del resto brevi, che il Rosenberg dedica alla trasformazione delle antiche magistrature italiche in seguito all'estensione del dominio romano: si vedrà come la storia delle costituzioni locali, più varie di quello che non si creda, sia ancor quasi tutta da fare e offra ai ricercatori un campo larghissimo e presumibilmente fruttifero.

La scarsità dei materiali rende impossibile giungere a risultati altrettanto probabili, per ciò che riguarda le assemblee e la composizione dei *consilia* (Senato). Tuttavia è certo che intorno alle tribù e alle curie qualche nuovo spiraglio di luce ci viene offerto dalla analisi dal Rosenberg fatta delle tavole di Iguvium, sulle tracce dello Schulze. La *tribus* appare presso gli Umbri come un territorio, nel quale è insediata una comunità, un *populus* = umbr. *tota*. Ma la comunità primitiva e quindi la *tribus* degli Umbri appaiono originariamente costituite da dieci curie: senonchè nell'antica Iguvium da ciascuna delle curie primitive per successive scissioni sono venute formandosi altre curie, le quali portavano ancora il nome della prima: *Casilas*, *altera Casilas*, *tertia Casilas*: le cause di questa evoluzione devono ricercarsi nell'aumento della popolazione e nella cultura intensiva del suolo. E così sono venute costituendosi, accanto alla primitiva *tribus*, due altre *tribus* formate colle *curiae alterae* e colle *curiae tertiae*. Se il processo di formazione delle tre tribù romane sia stato analogo, noi non possiamo dire: tuttavia è certo, che Igu-

vium ci offre con questi dati il modo di seguire il processo di formazione di un'antica comunità.

Io non ho voluto offrire che un brevissimo saggio delle principali conclusioni alle quali giunge il nostro autore: vorrei sperare peraltro, che queste mie note richiamassero l'attenzione degli studiosi sul lavoro del Rosenberg, il quale, mentre rischiara parecchi punti relativi alle origini della costituzione romana, pone nuovi problemi, e può costituire il punto di partenza per nuove indagini intorno al diritto pubblico romano, da noi oggi a torto trascurato.

P. DE FRANCISCI.

IL MOMENTO GIURIDICO

NEL CONFLITTO FRA CESARE ED IL SENATO

I.

Il momento giuridico nel conflitto fra Cesare ed il Senato fu già argomento, com'è risaputo, di ricerche da parte di parecchi fra i più eccellenti conoscitori della storia e del diritto di Roma ¹⁾. L'ineffabile fascino, che esercita su ogni studioso della storia della civiltà umana codesto tema augusto, non avrebbe valso ad eccitarmi ad aggiungere la mia povera voce alle voci possenti che già suonarono intorno ad esso, se lo studio sistematico di Cicerone, a cui attendo da molto tempo, non mi avesse posto dinnanzi alcuni dati ed elementi non abbastanza considerati, per quel che parmi, dai precedenti ricercatori; dati ed elementi i quali valgono a porre, s'io non erro, quel tragico conflitto sopra una base costituzionale d'importanza decisiva, negli ordini politici di quell'età in cui il Senato combatteva contro il principato avanzantesi la sua lotta suprema.

¹⁾ HOFMANN, *De origine belli civilis Caesar.*, Berlin, 1857; MOMMSEN, *Die Rechtsfrage zwischen Caesar und dem Senat*, 1857, *Histor. Schrift.*, I, p. 127 e segg.; ZUMPT, *De Gallia romana provincia; De origine belli civilis Caesar.*, in *Studia romana*, Berlin, 1859; GUIRAUD, *Le différend entre Caesar et le Sénat*, Paris, 1878; FUSTEL DE COULANGES, *La question de droit entre Caesar et le Sénat*, *Journ. des Savants*, 1879, pp. 437-442; DURUY, *Le différend entre Caesar et le Sénat*, *Compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques*, XIII, 1880, pp. 185-216; 457-498; GENTILE, *Il conflitto di G. Cesare col Senato*, *Riv. storica ital.* II, 1885, pp. 493-515; HIRSCHFELD, *Der Endtermin der gall. Statthalterschaft Caesars*, in *Klio, Beitr. zur alten Gesch.* IV, 1904, pp. 76-87; V, 1905, pp. 236-240; HOLZAPFEL, *Der Endtermin der gall. Statthaltersch. Caesars*, in *Klio cit.* V, pp. 107-116; JUDEICH, *Das Ende von Caesars gall. Statthaltersch. und der Ausbr. der Bürgerkriege*, *Rhein. Mus. N. F.* LXVIII, 1913, p. e segg.

II.

Le testimonianze pressochè concordi degli storici che trattano dell'età cesariana, affermano che G. Cesare, già investito per un quinquennio del comando eccezionale delle due Gallie dalla legge tribunitia di L. Vatinio nel 695, ebbe confermato il medesimo comando per un altro quinquennio nel 699, dalla legge consolare Pompea Licinia¹⁾.

Codeste testimonianze lasciano per altro aperto l'adito a discussioni e ad incertezze, per quel che spetta la determinazione del momento in cui deve intendersi compiuto il secondo quinquennio; se decorrendo dal giorno in cui s'era votata la legge relativa ad esso; se da quello in cui terminava il quinquennio precedente; se dal 1° gennaio oppure dal 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui il predetto quinquennio spirava.

Alcuni studiosi interpretano così le testimonianze ricordate dianzi per guisa, da desumerne che il potere di Cesare prorogatosi dalla legge Pompea Licinia, avesse a cessare il 12 novembre del 704, o col dicembre di quell'anno²⁾. Questi intendono corrispondentemente che un tal potere doveva essere ad ogni modo spirato, allorchè nel gennaio del 705 il Senato intimava a Cesare, sopra avviso di Scipione *'uti ante certam diem ... exercitum dimittat: si non faciat eum adversus rem publicam facturum videri'*³⁾.

Altri interpretano invece per guisa, da desumerne che l'*imperium* di Cesare dovesse durare fino all'inizio effettivo dell'anno militare e civile con cui aveva compimento il secondo quinquennio, e cioè fino al 1° marzo del 705; ed intendono perciò ch'esso doveva

¹⁾ APP., *de bell. civ.* 2, 18; SVETON. *Caes.* 24; PLUT., *Crass.* 15; VELL. PAT. 2, 46.

²⁾ ZUMPT, *op. cit.*; GENTILE, *op. cit.* Il GUIRAUD, pensa invece che l'*imperium* di Cesare spirasse col marzo del 704; il FUSTEL DE COULANGES, pensa che spirasse entro l'anno 704; ma che non sia determinabile entro a questo il termine finale del detto *imperium*.

³⁾ CAES., *de bell. civ.* 1, 2.

durare tuttora legalmente, nel momento in cui il Senato gl'intimava di deporlo ¹⁾.

Questa seconda interpretazione, ch'è la dominante, è suffragata, oltre che dall'affermazione, dal contegno di Cesare dopo l'intimazione del Senato, che è quello di chi si ritiene sicuro d'avere il diritto, formalmente almeno, a suo favore; e dall'*intercessio* tribunizia opposta a preservazione appunto di questo, alla deliberazione senatoria; ed alla cui violazione Cesare stesso faceva risalire la cagione della guerra civile ²⁾. Essa è suffragata inoltre, in modo decisivo, da un luogo di una lettera di Cicerone ad Attico scritta nel 704, male addotto a conforto dell'opinione che ravvisa già cessato in quell'anno il potere di Cesare ³⁾: '*tenuisti provinciam per decem annos, non tibi a senatu sed a te ipso per vim et per factionem datus* ⁴⁾ Co-desto luogo, che parla di un *imperium* decennale di Cesare non può evidentemente riferirsi al momento in cui Cicerone scrive, nel quale esso non dura che da nove anni; ma deve riferirsi bensì al momento prefisso legalmente al detto *imperium* ed alla condizione di cose che Cicerone prevede, allorchè non ostante il compimento di quel termine, Cesare si ripresenterà candidato al consolato, investito ancora della forza, e sarà inevitabile subirne le imposizioni: '*Praete iit tempus* (soggiunge) *non legis sed libidinis tuae, fac tamen legis: ut succedatur decernitur; impedis el ais: 'Habe meam rationem'. Habe tu nostram: exercitum tu habeas diutius, quam populus iussit, invito senatu?*' Analogamente si riferisce a quel momento futuro il luogo di un'altra lettera scritta pure nel 704: '*exercitum retinentis cum legis dies transierit, rationem haberi placet?*' ⁵⁾, addotto del pari da qualche studioso come decisivo argomento per ritenere già

¹⁾ MOMMSEN, op. cit., che perviene a codeste risultanze con argomentazioni del tutto indipendenti e diverse da quelle con cui vi era pervenuto l'HOFMANN, op. cit. Altri pensa che l'*imperium* di Cesare terminasse col Dicembre del 704. Così il DRUMANN, *Gesch. Roms*, III, pp. 248-283; (2^a Aufl. herausg. v. GROEBE, III, 1906, p. 720) ed il DURUY, op. cit.

²⁾ Cic., *Phil.* 2, 22, 53: '*quid aliud ille dicebat, quam causam sui amentissimi consilii et facti adferebat, nisi quod intercessio neglecta ius tribuniciū sublatum, circumscriptum a Senatu esset Antonius?*'

³⁾ HIRSCHFELD, op. cit., pp. 80-81.

⁴⁾ *Ad Att.* 7, 9, 4.

⁵⁾ *Ad Att.* 7, 7, 6.

spirato, quando la lettera fu dettata, il termine prefisso dalla legge Pompea Licinia.

Rimosso l'ostacolo di questi due luoghi ciceroniani, a contrastare l'opinione che ritiene esistente tuttora nel gennaio del 705 l'*imperium* prorogato a Cesare, rimane unicamente di contro a questa la testimonianza di Dione Cassio, che attribuisce alla proroga della legge Pompea Licinia il termine di soli tre anni¹⁾.

Ma a codesta testimonianza contraddittoria a tutte le altre, non si può attribuire che assai tenue valore; e può ben suppersi ragionevolmente che quel greco tardo e spesso ignaro degli istituti di diritto pubblico dell'età repubblicana abbia confuso col termine legalmente prefisso all'*imperium* di Cesare quello, innanzi al quale una clausola della legge Pompea Licinia vietava espressamente di trattare in Senato della successione di lui²⁾; o forse anche il momento nel quale si cominciò effettivamente in Senato a tenerne parola³⁾.

III.

Posto, come par certo, che l'*imperium* di Cesare, prorogatogli dalla legge Pompea Licinia, durava tuttora quando il Senato gl'intimò di deporlo, il contegno di questo, alla stregua dei dati e degli elementi, sui quali gli studiosi appuntarono sin qui la loro attenzione, riesce costituzionalmente inesplicabile. Come poté il Senato giungere ad un tale estremo, da trattare come vacante una provincia occupata tuttora in forza di una legge formalmente corretta, e della quale gli era così giuridicamente interdetto di disporre?

Dato pure che le norme statuite allora di recente da due senatoconsulti e confermate da una legge, circa l'interposizione necessaria del termine di un quinquennio fra la gestione del consolato e della pretura e quella del governo provinciale, avessero aperto al

¹⁾ DIONE CASS. 39, 33.

²⁾ *Ad fam.* 8, 8, 9; HIRT. 8, 53.

³⁾ *Ad fam.* 8, 9, 2; 8, 8, 4-5. Da un' analoga confusione dipende forse l'affermazione di un altro greco, APPIANO 2, 28, secondo la quale il termine prefisso all'*imperium* di Cesare sarebbe già trascorso nel 704: τοῦ Καίσαρος οὐκ ἀποδιδόντος τὴν ἀρχὴν ἐν τῷ νενομισμένῳ χρόνῳ.

Senato l'adito ad inviar nelle Gallie un nuovo proconsole il 1° gennaio anzichè il 1° marzo, sta pur sempre fermo ch'esso non poteva valersi di tali norme che per quelle provincie le quali col 1° gennaio fosser vacanti, non già per quelle che non lo erano ancora.

Chi tenga presente l'osservanza formale delle norme costituzionali, serbata di solito nei momenti stessi di più intense crisi delle lotte civili, non può a meno di riconoscere che siffatto problema incombe inevitabilmente sul punto di cui qui ci occupiamo, e che gli elementi posti a partito da quanti ne discorsero sin qui non recano soccorso sufficiente a rintracciarne la soluzione.

IV.

Un prezioso avviamento a proporre nei suoi giusti termini il conflitto giuridico insorto fra Cesare ed il Senato ed a rappresentare il contegno del Senato come giuridicamente giustificabile, è tracciato, se non erro, da alcuni luoghi delle lettere di Cicerone.

Codesti luoghi comprovano in guisa evidente che, per quanto il partito senatorio avesse subite le leggi costitutive d'*imperia* straordinari nelle provincie, esso ne contestava tuttavia la correttezza costituzionale, per ciò che tali leggi si opponevano ad uno degli attributi più cospicui e caratteristici del Senato. Se invero la legge Manilia del 688 era parsa a quel partito tollerabile, in considerazione delle impellenti necessità della guerra contro Mitridate e delle singolarità dei titoli che designavano Pompeo all'ufficio di comandarla, coi poteri occorrenti ad un tal carico¹⁾, e più ancora in considerazione ai rapporti intercedenti fra il detto partito e costui; la legge Vatinia per contrario, la quale conferiva nel 695 a Cesare il comando quinquennale della Gallia Cisalpina e dell'Ilirico, era discussa e combattuta nella sua stessa base. Cicerone attesta che non pochi negavano ad essa forza e valore di legge²⁾. Ed egli pure, in quella sua *interro-*

¹⁾ Cic., *de imp. Cn. Pomp.* 17, 50.

²⁾ Cic., *de prov. cons.* 15, 36: 'simul ostendit eam se tenere legem, quam esse legem neget... simul et illud facit, ut quod illi a populo datum sit, id non violet, quod Senatus dederit, id senator properet auferre'.

gatio in Vatinius ch'è tutta una fiera e stringente rampogna contro costui, degli atti compiuti durante il suo tribunato, s'appunta contro codesta sua legge lesiva dei diritti fondamentali del Senato ¹⁾; benchè qualche mese più tardi egli si mostri disposto ad accettarne la contenenza, proponendo la designazione a provincie consolari della Siria e della Macedonia, e la continuazione a Cesare del comando conferitogli dalla detta legge ²⁾. Probabilmente il riguardo ai mirabili successi conseguiti da Cesare nelle guerre galliche ed alla convenienza di non porne a repentaglio i resultamenti con una mutazione di comando; forse anche il desiderio di non dare appiglio a conflitti coi Cesariani, in un momento in cui si mirava a porre in atto fra i capi dei due partiti quell'equilibrio di poteri, al quale intese pure la *lex Trebonia*, esercitarono sullo spirito di Cicerone una forte influenza, tale da renderlo tollerante sopra quella scorrettezza costituzionale della legge Vatinia, che poco innanzi egli stesso aveva biasimato così vivacemente.

Ma quando per di più la legge Pompea Licinia intervenne a prorogare l'*imperium* costituito dalla legge Vatinia, egli se ne dolse come di un attentato supremo contro la vigente costituzione.

Le sue doglianze incominciano già nelle prime lettere ch'egli diresse ad Attico, dopo il suo ritorno dalla Cilicia. Nel rappresentare a costui i pericoli incombenti dall'ultrapotenza di Cesare e dall'ormai inadeguata resistenza oppostagli da Pompeo, egli deplora la proroga avvenuta dell'*imperium*, e precipuamente il modo con cui questa è avvenuta: '*Cur imperium illi aut cur eo modo prorogatum est?*' ³⁾ Sul modo insiste in un'altra lettera di risposta all'amico, il quale lo interpellava intorno al suo sentimento verso la situazione presente: '*Annorum enim decem imperium et ita latum placet?*' ⁴⁾; mentre meglio chiarisce e determina in un'altra lettera quanto lo crucci che la base di quell'*imperium* da cui Cesare deriva la sua minacciosa potenza, sia costituita da una deliberazione popolare provocata colla violenza delle fazioni, anzichè da una statuizione senatoria: '*tenuisti*

¹⁾ Cic., *in Vatini*, 15, 36: 'Eripueras Senatui provinciae decernendae potestatem, imperatoris diligendi iudicium, aerarii dispensationem'.

²⁾ Cic., *De prov. cons.* 8, 18.

³⁾ *Ad Att.* 7, 3, 4.

⁴⁾ *Ad Att.* 7, 7, 6.

provinciam per decem annos non tibi a Senatu, sed a te ipso per vim et per factionem datos ¹⁾).

Quando di poi, nel gennaio del 705, egli reca a notizia del suo Tirone il supremo momento di crisi a cui si è pervenuti, e la proclamazione del *Senatusconsultum ultimum*, e la ribellione di Cesare a questo, Cicerone torna ad insistere, come sopra decisivo elemento a rappresentare la condizione giuridica di costui, sopra il fatto che egli *exercitum et provinciam invito Senatu teneret* ²⁾. E lo ripete in una lettera scritta in quei giorni ad Attico, nella quale disconosce ogni buon fondamento alla giustificazione messa innanzi da Cesare, per iscusare il suo contegno verso il Senato, di dover difendere la sua dignità: *ubi est autem dignitas, nisi ubi honestas, honestum igitur habere exercitum nullo publico consilio?* ³⁾.

Parecchi anni più tardi, quando Cesare aveva soggiaciuto al tentativo d'instaurare per mezzo della dittatura il regno, e sul vinto avversario di lui poteva ormai pronunziarsi un libero giudizio, Cicerone ricorda di aver aderito più volte a Pompeo, ma pur di averlo dissuaso da due cose precipuamente: dal lasciar libero corso alla proposta tribunizia del privilegio onde gli era consentito di presentare la sua candidatura al consolato senza personale *professio*, e dal proporre egli stesso la legge, che gli prorogava ancora l'*imperium* conferitogli dalla legge Vatinia ⁴⁾.

V.

Non v'ha dubbio che in codeste sue lettere Cicerone rappresenta, nell'abbandono della confidenza amichevole, quello che doveva essere il senso dominante nel partito al quale apparteneva; e che però può desumersi da esse con certezza ch'era diffuso e saldo in tal partito il convincimento che la legge Pompea Licinia, sovvertitrice degli ordini fondamentali della costituzione, potesse essere considerata e trattata come giuridicamente inefficace. Per questo appunto, e solo

¹⁾ *Ad Att.* 7, 9, 4.

²⁾ *Ad fam.* 16, 11, 2-3.

³⁾ *Ad Att.* 7, 11, 1.

⁴⁾ *Phil.* 2, 10, 2

per questo, il Senato credette di poter prorompere in un atto di ribellione aperta contro di essa, allorchè il potere di Cesare fondato da codesta legge, si manifestò minaccioso agli ordini costituiti, a cagione della pretesa del proconsole di ripresentarsi nuovamente candidato al consolato, senza deporre l'*imperium*. Cesare stesso mentre afferma chiaramente '*doluisse se, quod populi romani beneficium sibi per contumeliam ab inimicis extorqueretur ereptoque semestri imperio in urbem retraheretur*¹⁾', addita nel senatoconsulto che lo richiamava una violenta offesa alla statuizione del popolo da cui ripeteva l'*imperium*, e della quale l'intercessione tribunizia aveva tentato invano di procacciare l'osservanza ed il rispetto con mezzi pacifici.

Fra senatoconsulto e legge proruppe insomma nel gennaio del 705 quel medesimo conflitto, che si rinnovò cinque anni più tardi, allorchè all'intimazione di Antonio d'abbandonare la Cisalpina e di recarsi a reggere la Macedonia conformemente a quella *lex Antonia de permutatione provinciarum*, che il popolo aveva votato, come che ordinato d'improvviso per tribù anzichè per centurie²⁾, Giunio Bruto oppose le lettere del Senato, che lo eccitavano a non muoversi. A parte i vizi formali della legge, Bruto disconosceva la costituzionalità dell'intromissione popolare nella destinazione degli *imperia* di provincia che costituiva costituzionalmente un attributo proprio del Senato; così come Cicerone e quelli del suo partito avevano disconosciuto dianzi la costituzionalità della legge Pompea Licinia.

EMILIO COSTA.

¹⁾ CAES., *De bell. civ.* 1, 9.

²⁾ APP., *De bell. civ.* 3, 49.

ANCORA "DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET"

L'articolo del Biondi, *Di nuovo sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, del quale la redazione di questo *Bullettino* mi dà cortese comunicazione, potrebbe essere lasciato al suo destino. Ogni studioso dell'argomento saprà leggere nel mio scritto *de eo quod certo loco dari oportet* la implicita, esauriente risposta ai nuovissimi conati critici. Ma qualche rilievo palmare potrà facilitare al lettore discreto gli opportuni raffronti.

— A p. 5 sgg.: Ripeto che Gaio (IV 53 c) doveva tacere la creazione pretoria e il nome dell'a. arbitraria. Se il B. non ne è convinto, provi ad integrare il testo inserendo nella breve lacuna del v. 19 il pensiero espresso in I. 4. 6. 33 c, *ad vv.* « propter - proponitur », e successivamente una frase che stabilisca un collegamento col *dare mihi oportere* del v. 20. Noto solo che, accettando la comune integrazione fino a *dari sibi oportere*, la lacuna restante non è di una linea intera, bensì di due terzi di linea, cioè appunto di una trentina di lettere. E come segno dell'ordine d'idee in cui Gaio si muoveva, la frase conservata, « petere... non adiecto loco », mi sembra più che mai eloquente. Ma in tema di integrazioni di lacune non è facile intendersi col Biondi; egli trova *impossibile* che Gaio passi dalla terza alla prima persona, « quantunque il *mihi* superstite lo faccia SUPPORRE »!

— A p. 9 sgg.: Nella Parafrasi ad Inst. 4. 6. 33 c, Teofilo scrive: « τοῦτου χάριν ὁ praetor ἐπενόησε τοιαύτην ἐναγωγὴν »; e Biondi traduce: « ideo praetor hanc actionem proposuit ». Tradurre *τοιαύτην* con *hanc* è un errore manifesto; quanto alla parola *ἐναγωγή*, dimostrai a suo luogo che nel linguaggio teofilino equivale a *intentio*. Su la più parte dei testi da me addotti, B. tace. E fa bene; perchè avrebbe dovuto, ad esempio, provarsi a tradurre l'espressione « τῆς in rem ἡ ἐναγωγή »

di 4. 6. 2. Ma, probabilmente, quel passo non gli ha fatto nessuna impressione: non cita forse egli stesso, *a suo favore*, una « ἐναγωγή τῆς de peculio » (Theo. 4. 7. 5)? Bene scelti anche i confronti con Gaio! In Gai. IV 173, la frase di Teofilo (4 16. 1 h): « εἰ καὶ καθ' ὁμολογούντος γίνηται ἡ ἐναγωγή », non ha nessuna corrispondenza; e in 4. 6. 32 il parafraste non ha certo voluto tradurre con ἐναγωγή la *condemnatio* che Gaio nominava. La « prova provata » della interpretazione che accolgo è, oggi come sei mesi addietro, in Theo. 4. 6. 33 e glossema relativo: « παραινῶμεν δὲ καὶ τῷ ἄκτορι αὐτὴν τὴν *intentiona* [καὶ τὴν ἐναγωγήν] εἰς τὸ ἀληθὲς ποιήσασθαι χρέος ». È vero che per il B. questo mio è uno « strano abbaglio », perchè il καὶ indica che si tratta di due cose diverse; ma disgraziatamente neanche questa regola è assoluta, fra quelle che si imparano a scuola, e l'interpretazione estetica di un testo richiede sempre nel lettore il dovuto grano di sale.

Piuttosto, è vero che in 4. 6. 19, *ad vv.* « εἰς τὸ ἀπλοῦν ποιεῖται τὴν ἐναγωγήν », un classico non avrebbe potuto parlare d'intentio. Ma si tratta di vedere se ciò dimostra errata la nostra interpretazione filologica o non piuttosto la dichiarazione di Teofilo. Di fronte al chiaro risultato dell'esame di tutti i testi, io non esito a scegliere la seconda alternativa. Non esito, perchè ciò mi è imposto da Theo. 4. 7. 5. Quando il parafraste scrive « καλλίων δὲ ἡ ἐναγωγή τῆς de peculio ἐστίν, ἥπερ τῆς tributórias », noi non possiamo, per ragioni di grammatica, tradurre ἐναγωγή con *actio*, nè ci è lecito inventare per l'occasione una traduzione nuova: e pure l'intentio, nel senso formulare, è identica per l'una e l'altra azione. Dobbiamo dunque ritenere che Teofilo ha impropriato qualche volta l'espressione ἐναγωγή (= intentio), dandole un colorito di diritto materiale per cui essa designi la pretesa dell'attore: un interessante parallelo alla dottrina bizantina della natura actionis. Ma questa tendenza del pensiero di Teofilo non ha importanza per il testo che più c'interessa: la frase « ὁ praetor ἐπενόησε τοιαύτην ἐναγωγήν » è classicamente tecnica.

Che poi il pretore non *proponga* mai intentiones pure e semplici, è verissimo; ma appunto ἐπενόησε non vuol dir *proposuit*, anzi vale *excogitavit*: l'errore non è qui del B., anzi, dal Ferrini in qua, di tutti. Traducendo ora *praetor talem intentionem excogitavit* rell., io riaffermo più che mai la decisiva significazione del testo di Teofilo per la mia tesi.

— A p. 13 sgg.: Su la interpretazione di D. 13, 4, 2, 3 e § 7 II. *h. l.* dissi già abbastanza: come siano fondati i rilievi del B., chiunque vedrà da sè. Quanto al D. 45, 1, 137, 2, sono lieto di constatare che i maggiori tagli da me consigliati siano indipendentemente operati da Beseler, *Beiträge*, III, 104: nè su questi nè su gli altri il B. dice cosa che valga la pena di una discussione. Che poi nel passo di Vennuleio *condicere* valga *in personam agere*, creda chi può.

— A p. 20: Tra la frase *arbitraria actio competit* (D. 13, 4, 5) e la frase « δύνανται ὁ ληγατάριος ἀρβιτραρίως ἔξω τοῦ τόπου ΤΗΝ ΕΞ ΤΕΣΤΑΜΕΝΤΟ *κινεῖν* » (sch. ad Bas. 24, 9, 8), vedo una netta contrapposizione. Secondo B., ce la vedo perchè « infatuato di una tesi prestabilita »: ne giudichi chi sa leggere il latino anche trascritto nell'alfabeto greco.

— A p. 21: In D. 13, 4, 8 rilevavo una costruzione inammissibile, derivante dalla inserzione della denominazione *arbitraria*: con la mia correzione il testo era sanato, e negarlo non giova. I rilievi che io ho svolti lungamente su D. 13, 5, 16, 1 non sono stati letti dal B.: quando li avrà letti, quando si sarà provato anche qui ad intendere il testo greco dei Basilici, potremo riparlare.

— A p. 23: Che l'a. pro socio diventi pretoria quando il pretore limita la condanna « in id quod facere (socius) potest », non è vero; e non è detto affatto in D. 42, 1, 22, 1. E se ex edicto praetoris l'obligatio si divide fra i più fideiussori (Paul. sent. I, 20), ciò non vuol dire che l'azione diventi pretoria. Ma questo non riguarda la cosiddetta a. arbitraria: della obligatio io non ho detto, in tema di arbitraria, una sola parola.

— A p. 25 sgg.: La plus petitio è un istituto scomparso nel diritto giustiniano? Sissignore: ma l'azione de eo quod certo loco no. Se quindi nel dir della prima i compilatori non possono avere altro interesse che di storici, non è così quando determinano la funzione e il fine della seconda.

— A p. 27 sg.: A proposito di D. 12, 1, 22 e di D. 13, 3, 4, non ho affatto confuso stima obiettiva con interesse loci: ho semplicemente detto che Giuliano e Gaio ritengono applicabile la condictio, quantunque si agisca adiecto loco. E ciò dicendo non ammettevo (il B. lo sa) nessuna disparità di trattamento fra le due conditiones

— A p. 29 sg.: Il testo delle Istituzioni, 4. 6. 33 c è interpolato

e ne ho dato la dimostrazione, quantunque il Biondi non l'abbia intesa. A proposito del rilevato abuso della parola *utilitas*, il contraddittore mi avverte di un *utilissimum* che sarebbe in Gai. IV 53 d. Mi dispiace: ma io vedo a quel posto un *utilissimum*, e *utilissimum* non darebbe senso ¹⁾. Quando poi nel lunghissimo brano della Parafrasi il B. rileva due sole frasette, credendo con ciò di ristabilirne la perfetta connessione con le Istituzioni, io mi meraviglio, sorrido, e passo oltre.

— A p. 30: Ricostruendo D. 16, 2, 15, scrivo, nella frase finale, « quanti *mea* intersit ». Evidentemente pensavo di scrivere *tua*. Eliminato questo lapsus calami, non ho altro da dire nè su questo testo, nè sugli altri a cui il B. si appoggia: il lettore giudichi.

— A p. 35 sg.: In D. 13, 4, 2, 8 è chiaro vedere che sono incastrate a forza proprio quelle parole che si riferiscono alla valutazione dell'interesse del debitore: non solo per il contrasto fra il *vel excedere vel minuere* e l'esempio riguardante il solo *minuere* (contrasto che è evitato anche col rimedio proposto dal B.), ma specialmente perchè gl'imperfetti e piucheperfetti *interfuisset, conveniebatur, haberetur* non si accordano col presente *debeat*. Si ha qui una di quelle interpolazioni, di cui ogni critico sente la presenza. E, se io cancello *vel minuere* e *ut si - haberetur*, posso ben conservare l'*etiam* del periodo successivo: il giudice deve tener conto, oltre che della *quantitas contractus*, anche dell'interesse dell'attore. Ma io ho dimenticato — dice B. — « che il testo dice *etiam* ACTORIS! » Dimenticato?! Se mai, ho dimenticato di domandare al B. che mi traduca quelle due parole. Chi sa che cosa vuol dire, secondo lui, ACTORIS!

Ma da *quid enim* in poi, insiste Biondi, il testo è interpolato. Non mi risulta: il confronto con D. 12, 3, 3 prova poco, finchè non si dimostra che sono le singole frasi, e non la nuova connessione in cui le hanno trasportate i bizantini, a dimostrare l'interpolazione del fr. 3. Ma, se anche il brano fosse triboniano (e quella che mi dà qualche ubbio è l'insistenza di un critico geniale come Gerardo Beseler), se anche fosse, basterebbe la parte genuina che precede a dimostrare completamente errata quella dottrina dell'a. arbitraria che Biondi ha voluto chiamare romana.

¹⁾ È curioso che poche linee più su un *utilissimam* è dato dall'ediz. Baviera se il Biondi avesse citato quello, avrebbe almeno avuto la scusante di un errore di stampa!

— A p. 38 sgg.: Qui gli sforzi del B. raggiungono il colmo: si tratterebbe di riaffermare, contro tutti i testi concordi, la irrilevanza dell'interesse del creditore in epoca classica. La posizione è disperata, e mi invita alla misericordia. Basti dunque un esempio.

Avevo citato D 13, 4, 9 e 46, 1, 16, 2; e avevo tratte le conclusioni più banali dalle affermazioni testuali che il locus è stabilito nell'interesse del creditore. Il B. mi risponde con tre pagine inaudite, coronate dalla dichiarazione seguente: « Se una conseguenza deve ricavarsi dal principio per cui il creditore non è tenuto senza il suo consenso ad accettare il pagamento alibi, è precisamente questa: se il debitore non è in colpa, il creditore che agisce alibi dimostra con ciò di rinunciare al suo eventuale interesse loci nello stesso modo che dimostra di rinunziarvi accettando il pagamento alibi ». Ma anzitutto: se così fosse, dell'interesse loci del creditore si dovrebbe tener conto quando il debitore è in colpa, e quindi almeno in questo caso (che in pratica è il più normale) la condanna dovrebbe essere aumentata. Ed è poi noto che in tema di stipulazione e di *condictio* la colpa non ha la più piccola influenza: il criterio dell'obbiettivo inadempimento trova qui la sua applicazione piena, salvo il limite che gli deriva dal requisito della possibilità della prestazione; e la *difficultas praestationis* è notoriamente considerata irrilevante. Come dunque ammettere nel caso nostro una ricerca in proposito?

— A p. 42 sgg.: La nuova interpretazione di D. 13, 4, 8 è più che mai insostenibile: questo disgraziato testo è sempre stato la vittima del Biondi. Ora egli insiste nell'interpretare il punto essenziale così: « la obbligazione (del fideiussore) non si aumenta, *vale a dire egli è condannato soltanto nella summa obligationis* ». E cita a conforto della sua opinione il Segrè, che ben vide essere il testo tutto intonato su l'interesse del creditore, e il Beseler, che, momentaneamente scosso dalla tesi del B., diceva ch'essa non può stare se il *nec oportebit* rell. non si consideri, *contro ogni indizio*, quale triboniano! Il mio punto di vista lo esposi, nel mio scritto precedente, in modo così chiaro, che ora non saprei proprio che cosa aggiungere. Il B. lo ha capito soltanto per l'ultimo periodo: « ... si post moram factam pars pecuniae soluta sit et reliquum petatur, officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris intersit eam dumtaxat summam quae petetur Capuae solutam esse ». Lo ha capito, ma non ha dubitato: anzi, con l'usata

inventiva interpolazionistica, ha sostituito alle parole *aestimēt - intersit un condemnēt in*, e ha cancellato bel bello il *Capuae solutam esse*. È rimasto al suo posto, lievemente canzonatorio, il *dumtaxat*: ma ora aspetteremo che in un terzo articolo del B. anche il *dumtaxat* scompaia.

Et de hoc satis. Il B. sostenne abilmente, nella sua *Dottrina romana dell'a. arbitraria*, una tesi che i testi contraddicevano; e a me non fu difficile ridar la parola ai giuristi. La onesta cortesia, con cui confutavo un umano errore, avrebbe giovato al B., se egli non avesse preferito il diabolico perseverare. Il primo dovere dello studioso che erra è di riconoscere onestamente il proprio errore, per quanta fatica possa costare. E sono lieto di poterne dar l'esempio come segue.

Io sottoscritto, leggendo le osservazioni del Riccobono in *Bullettino*, XX, 101 sgg., ci avevo visto un primo accenno alla tesi, che fu poi sostenuta dal Biondi, su l'origine giustiniana della categoria istituzionale delle *a.es arbitrariae*. E mi consta che non ero stato il solo a intender così. Ora la interpretazione autentica, e il controllo ch'io stesso ho potuto farne, mi convincono che avevo frainteso. E dunque sono pronto a riconoscere che quella famosa idea, indubitabilmente contraddetta da Gaio e dal frgm. de formula Fabiana, non è mai venuta in mente ad altri che al Biondi. Il Riccobono aveva invece voluto tratteggiare, in una forma contratta che rendeva difficile la interpretazione, una sua particolare dottrina su l'origine del nome della *actio arbitraria*: discuterla sarebbe ora inutile, visto che anche l'egregio scrittore non sembra dar molto peso a quella sua momentanea impressione.

Modena, Natale 1913.

VINCENZO ARANGIO-RUIZ.

ANCORA IN TEMA DI ACTIO ARBITRARIA

Critiche ed idee del prof. Vincenzo Arangio-Ruiz

Il *Bullettino* pubblica un articolo dell'Arangio-Ruiz intitolato: *Ancora de eo quod certo loco*. Mi accorgo che con l'Arangio-Ruiz non si può discutere serenamente di scienza: egli al di là delle proprie idee non vede che il vuoto e l'errore; tuttociò che non collima con esse è senz'altro errato; infatti egli si compiace di qualificare « esauriente » la propria risposta (pag. 147), proclama di avere ridato la parola ai giuristi, e, novello Minos, sentenza che la mia modesta ricostruzione dell'istituto dell'actio arbitraria, la quale ha trovato varie adesioni e reso pensoso più d'uno, è errata (pag. 152).

In realtà l'A. ha cercato di nascondere abilmente sotto le invettive a me dirette la vacuità della risposta. Egli si è guardato bene dal rispondere alle mie obiezioni che investivano dalle fondamenta la sua ricostruzione: così non è riuscito a fare apparire meno assurda la sua tesi che si racchiude nell'affermare che la *condictio* di cui il pretore modifica radicalmente l'intentio e la *condemnatio* nel caso che si agisca *alibi*, resti sempre la *condictio*; e non è riuscito a spiegare la stranezza di una *condemnatio* rivolta al « quanti ea res erit » di fronte ad una intentio diretta ad una certa pecunia. Di queste ed altre cose era sperabile che l'A. avesse trattato; ma egli ha invece preferito prendere qualche pagina del mio povero scritto per farne giustizia sommaria.

Intendo qui appunto mettere in luce il valore della risposta dell'egregio mio contraddittore; seguo lo stesso ordine da lui seguito.

1. L'A. a pag. 137, n. 1 del suo primo articolo a sostegno della equivalenza di ἐναγωγή ad intentio adduceva quattro passi della pa-

rafrasi teofilina, oltre il § 33 in questione relativo alla plus petitio; e cioè: IV, 6 §§ 1, 2, 13¹⁾ e 32. Io dalla lettura di *tutto* il lib. IV dal tit. 6 al 18 ricavai la convinzione che nella parafrasi ἐναγωγὴ non fosse affatto termine tecnico per indicare l'intentio; la dimostrazione mi sembrava e mi sembra perentoria perchè ho potuto rilevare che nella parafrasi s'incontra ἐναγωγὴ in passi in cui nel corrispondente testo gaiano non si parlava di intentio ma *esclusivamente* di actio. Ora appunto a questo proposito l'A. esclama: « su la più parte dei testi da me addotti il B. tace... bene scelti anche i confronti con Gaio! » (pagg. 147-148).

Perchè il lettore possa apprezzare i metodi polemici di cui si serve l'A., mi permetto annoiarlo con questi rilievi. Io avrei taciuto *la più parte* dei QUATTRO testi addotti dall'A.! Ora per la verità a pag. 11, n. 1 del mio lavoro: *a*) riportai a favore della mia tesi il § 19 che *a torto* era stato invocato dall'A.; e posso dire *a torto* senza peccare di immodestia perchè lo stesso A. ora dichiara che qui « un classico non avrebbe potuto parlare di intentio » (pag. 148); *b*) rilevai la impossibilità di tradurre nel § 32 ἐναγωγὴ per intentio quando Gaio (IV, 51) parlava di condemnatio e le Inst. Iust. (IV, 6, 32) di actio; *c*) altrettanto rilevai per il § 2; *d*) pel § 1 riconoscevo che dal punto di vista classico ἐναγωγὴ poteva tradursi anche per intentio, senonchè per errore di stampa venne citato il pr. invece del § 1: la cosa è evidente perchè il pr. non contiene affatto la parola in questione. Ciò posto, e si tien presente che feci un cenno anche del § 33 *c*, *d*, *e*, è lecito domandare all'A. quale sia *la più parte* dei famosi QUATTRO testi che io avrei taciuto.

L'A. dice « bene scelti i confronti con Gaio! ». I testi da me raccolti in cui il parafraste rende con ἐναγωγὴ l'actio menzionata nel corrispondente passo gaiano sono i seguenti: IV, 7 pr. = IV, 69; IV, 7, 5 = IV, 74^a; IV, 16, 1 *b*, = IV, 173; IV, 6, 32 = IV, 52. Con quanta ponderazione essi siano stati letti dall'A. il lettore argomenterà facilmente dal fatto che riguardo al IV, 16, 1 *b* l'A. scrive che la frase di Teofilo « non ha nessuna corrispondenza » (pag. 4); non debbo far altro che riportare i due testi « εἰς τινες ἀγωγαι, αἵτινες εἰς πλεῖον

¹⁾ Per errore di stampa l'A. citò il § 13 invece del § 19; che si tratti di questo paragrafo è certo perchè l'A. ne riporta le parole.

ποιεῖνται τὴν καταδίκην τοῦ ἀπλοῦ, εἰ καὶ καθ' ὁμολογοῦντος γίνηται ἡ ἐναγωγή»; Gai, IV, 173: «nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur pluris quam simpli est actio».

Che nella parafrasi ἐναγωγή non sia termine tecnico per indicare intentio è confermato da un altro rilievo, cioè dal modo con cui Teofilo rende l'intentio menzionata da Gaio e dalle Istituzioni imperiali¹⁾. Ed invero, eliminati i passi che non hanno un preciso riscontro nella parafrasi, restano i seguenti testi: Gaio IV, 53 = Inst. IV, 6, 33; Gaio IV, 86; Gaio IV, 53 d = Inst. IV, 6, 33 d. Ora nei primi due testi Teofilo (IV, 6, 33 e IV, 10, 2) rende l'intentio gaiana con *intentiona*; nel terzo con ἐναγωγή, ma non è a dimenticare che qui il testo ufficiale ha *actio*; e per far vedere meglio i rapporti che passano tra *intentiona* ed ἐναγωγή vale la pena riportare Teoph. IV, 10, 2: «καὶ τὴν μὲν intentiona ἤτοι τὴν ἀρχὴν τῆς ἐναγωγῆς λαμβάνει ἀπὸ τοῦ δεσπότου». Ed inoltre il parafraste rende sempre con delle perifrasi come κινῶν λέγειν, ἀγωγὴν ἔχειν oppure λέγειν od ἀμαρτάνειν senz'altro l'intendere che si trovava nei suoi modelli: II, 6, 14; IV, 6, 1 e 2 (= Gai IV, 2); IV, 6, 4 (= Gai IV, 36); IV, 6, 15 (= Gai IV, 18); IV, 6, 33 a; IV, 6, 33 c; IV, 6, 35 (= Gaio IV, 55); IV, 10, 7 (= Gaio IV, 86).

Contro questi ed altri precisi dati testuali da me messi in luce, per la equivalenza di ἐναγωγή ad intentio non resterebbero che le due famose frasi teofiline: «ἡ ἐναγωγή τῆς de peculio» (IV, 7, 5) e «τῆς in rem ἡ ἐναγωγῆ confessoria» (IV, 6, 2 in fine). Anzitutto sta in fatto che in entrambi i testi Teofilo rende in quel modo l'*actio* di cui parla Gaio (IV, 74^a), e l'*actio* confessoria di cui si parla nel testo delle Ist. giustinianee. Si ha di più. In quanto al primo passo, dire che l'*intentio* dell'*actio* de peculio è più vantaggiosa dell'*intentio* dell'*actio* tributoria per il fatto che nella prima viene in giudizio tutto il peculio, nella seconda solo quella parte in qua negotiatur, non ha senso; nè è lecito attribuire all'innocente Teofilo simili stranezze dal momento che questi scrive: «καλλίων δὲ ἡ ἐναγωγή τῆς de peculio ἐστίν, ἥπερ τῆς tributorias ἐν τούτῳ, ὅτι κινουμένης τῆς de peculio παντὸς τοῦ peculii γίνεται λόγος», e poche righe più

¹⁾ I passi di Gaio desumo dal *Vocabolario* dello Zanzucchi; quelli delle Istituzioni giustinianee mi sono comunicati gentilmente dall'amico e collega Vassalli in base alle schede del suo *Vocabolario* delle Istituzioni che è in corso di pubblicazione.

avanti nello stesso ordine di idee e con le stesse parole dice: « ποτὲ μὲν γὰρ ἡ *de peculio καλλίων* εὐρίσκεται *τῆς tributorias* καὶ ποτὲ ἔλαττον περιποιεῖ *τῆς tributorias* ». — In ordine al secondo passo, chi come l'Arangio e come me accoglie i risultati del Segrè, *La denominaz. di actio confessoria* ecc., non può ammettere che Teofilo abbia qui voluto realmente parlare di *intentio* confessoria dell'*actio in rem*, quando tutti i testi latini interpolati (cfr. Segrè, pag. 66 segg.), e tutti i passi greci, anche dello stesso Teofilo (cfr. Segrè, pag. 19 e segg.), parlano *sempre* di *actio* confessoria e non di *intentio*. — Dunque, se l'elemento logico deve avere ancora la sua parte per la esatta intelligenza dei testi, è forza riconoscere che quella strana *tournure* teofilina « ἐναγωγὴ τῆς *de peculio* » e « τῆς *in rem* ἡ ἐναγωγὴ confessoria » non può avere valore sostanzialmente diverso dei termini « *actio de peculio* » ed « *actio confessoria* » che si trovano nei corrispondenti passi latini che servivano di modello al parafraste; tradurre per « *intentio actionis de peculio* » ed « *intentio actionis in rem* » è voler andare contro il buon senso e le nostre conoscenze più sicure sulla materia. Piuttosto è a credere che nelle due frasi teofiline siamo in presenza di una forma pleonastica analoga a quella che si ha nello stesso Teofilo IV, 7, 4 b: « αὕτη γὰρ ἡ *de peculio* μία μὲν ἐστὶν ἀγωγὴ, διπλὴν δὲ ἔχει καταδίκην, ἥ γὰρ εἰς τὸ *peculion* ἥ εἰς τὸ *version* γίνεται ἡ ἐναγωγή καὶ ἡ καταδίκη ». Chi oserebbe qui tradurre letteralmente « *intentio et condemnatio* » oppure « *actio et condemnatio* »?

Un'ultima osservazione. Nel § 33 di Teofilo è detto: « τὴν *intentiona* [καὶ τὴν ἐναγωγὴν] »; le parole in parentesi sono certamente una glossa; e nel mio lavoro rilevai come il καὶ dimostri che per il glossatore ἐναγωγὴ non sia la stessa cosa di *intentiona*. Ma l'A. vuol superare elegantemente la difficoltà parlando di « interpretazione estetica » (pag. 148) e lascia così che il lettore faccia le più amare riflessioni sulla sorte della logica e della grammatica.

Ma sul significato di ἐναγωγὴ non è necessario insistere ancora: lo stesso A. infatti ora ammette che ἐναγωγὴ possa tradursi anche con *actio* e crede inoltre che « Teofilo ha impropriato qualche volta la espressione ἐναγωγὴ (= *intentio*) dandole un colorito di diritto materiale » (pag. 4). Sia pure; ma perchè Teofilo non avrebbe impropriato quel termine anche nel § 33 in tema di *actio* arbitraria? Una delle tante ragioni per ammetterlo, è che Teofilo dice: « ὁ πραέτωρ ἐπενόησε

τοιούτην ἐναγωγὴν »; lo stesso A., facendo omaggio all'osservazione che facevo nel mio lavoro (pagina 10), scrive ora « che poi il pretore non proponga mai intentiones pure e semplici è verissimo » (pag. 148). Senonchè l'A., vedendosi mancare il terreno sotto i piedi, sentenza che dal Ferrini in qua abbiamo tutti sbarliato nel tradurre l'ἐπινοήσε teofilino con *proposuit*; l'A. invece afferma che quella proposizione debba essere tradotta così: « praetor *talem* ¹⁾ intentionem *excogitavit* ».

Il ripiego è veramente disperato perchè, tra l'altro, l'A. non si è accorto che egli assume il verbo *excogitare* in una accezione completamente straniera al linguaggio tecnico; e se poi l'A. avesse voglia di ricercare il significato del verbo ἐπινοεῖν in Teofilo non dovrebbe che leggere i seguenti passi che scelgo a caso tra i tanti IV, 6. §§ 1, 3, 4, 6, 8, 10, 12, 17, e qualora volesse confrontarli col testo latino ufficiale corrispondente si accorgerebbe che il parafraste traduce con ἐπινοεῖν i seguenti verbi: *prodere*, *comparare*, *proponere*; una sola volta *introducere*.

2 A pag. 149 l'A. scrive: « su la interpretazione di D. 13, 4, 2, 3 e § 7 D. h. t. dissi già abbastanza; come siano fondati i rilievi del B. chiunque vedrà da sè ». Ora il lettore invocato dall'A. può rilevare solo questo che nei §§ 2 e 3 le frasi « non debet detracto ALTERO loco experiri » e « posse ab eo peti ALTERO loco » si riferiscono alla plus petitio causa in ordine alla stipulatio alternativa di dare in due luoghi e non alla plus petitio loco; e che nel § 7 l'« intendere sibi dare oportere » non può riferirsi *esclusivamente* all'azione da esercitarsi alibi. Tutto ciò rilevai a pag. 13 del mio scritto. Che cosa dice l'A. in contrario? Nulla. E si badi che si tratta di argomenti capitali per la sua tesi.

In quanto al fr. 137, 2 D. 45 1, se l'A. crede di dover lasciare superstite in questo passo, da lui stesso appuntato di larga interpolazione, il verbo condicere e fare di questa parola, che gli studiosi della condictio incerti hanno insegnato a guardare con sospetto,

¹⁾ L'A. a pag. 3 sentenza: « Tradurre τοιούτην con *hanc* è un errore manifesto ». Può darsi che io insieme al Ferrini ed a moltissimi altri abbiamo sbarliato; ma è preferibile sempre questo errore anzichè tradurre, come fa l'A., τοιούτην per *talem* in barba alla sintassi: *talis* si riferisce sempre a qualche cosa detta avanti; ora dell'actio o dell'intentio Teofilo parlava *dopo*!

l'unico argomento per la sua tesi, faccia pure; ma quando egli esclama « che nel passo di Venuleio condicere valga in personam agere creda chi può » debbo ricordargli che nei tre celebri passi di Gaio, *da me riportati* a pag. 15, si definisce la *condictio* così: « *condictionem dicimus actionem in personam esse qua intendimus dari nobis oportere* » (IV, 18). Non ha posto mente l'A. a queste ultime parole? E non ha neanche posto mente che l'intentio dell'actio arbitraria diceva sempre « dare oportere? ».

3. In Bas. 24, 9, 28 sch. lo scoliaste a proposito dell'actio ex testamento da esperirsi alibi dice: « δόταται ὁ ληγατάριος ἀρβιτραρίως ἔξω τοῦ τόπου τὴν ἐξ τεσταμέντο κινεῖν ». Sostenni e sostengo che questa frase sia identica a quella latina « arbitraria actio competit » del fr. 5 D. h. t.; o per meglio dire, questa sta a quella nello stesso rapporto in cui sta *movere actionem confessoriam e negatoriam* colle locuzioni greche « κινεῖν τὴν in rem confessoriams » e « negatoriws », ed il termine *actiones arbitrarie* del fr. 3, 1 D. 22, 1 colla frase « αἱ σπρίκται ἀρβιτραρίως κινούμεναι » dello sch. 8 Bas. 23, 3, 3. Se l'A. pensa diversamente è certo che egli è « infatuato di una tesi prestabilita ».

4. L'A. afferma che il fr. 8 colla correzione da lui proposta è sanato, ed il negarlo come facevo io, non giova. Ora l'A. (pag. 156) scriveva così: « si può ritenere che un classico abbia scritto 'pecunia... *peti debebit ut*... arbitraria *agi debeat*'? »¹⁾; e ricostruiva il testo in questo modo: « *peti debebit id est ut si alibi quam Capuae petatur, locus in intentione adiciatur* ». Il lettore veda se l'andamento logico e grammaticale dei due periodi non sia identico. Come mai dunque quella che A. chiama costruzione « inammissibile » riesca a sanare completamente il passo non si sa.

5. L'A. afferma: « i rilievi che io ho svolti lungamente su D. 13, 5, 16, 1 non sono stati letti dal B. » (pag. 149). Ora chi avrà letto meno frettolosamente il mio lavoro avrà visto come io abbia tenuto conto dei rilievi dell'A. a pag. 21, n. 3 in cui anzi mettevo in luce un vizio formale del testo sfuggito all'A. — L'A. a questo proposito mi rimprovera di aver passato sotto silenzio Bas. 26, 7, 16. Qui egli ha veramente ragione. Tacqui di quel testo per non rilevare una svista in cui l'A. era incorso. Dal momento che l'A. lo esige, eccolo

¹⁾ Avverto che questo corsivo ed il seguente non è mio.

accontentato. Il testo greco, dopo aver detto che si può costituere certo loco, continua così: « καὶ ἐνέχεται πανταχοῦ τῇ τῆς ἀντιφωνήσεως ἀγωγῇ ». Che cosa può ricavare da questo passo uno studioso scevro di preconcetti? Solo questo che si può agire alibi coll'azione de constituta pecunia; il che significa che si può benissimo agire alibi senza pericolo di plus petitio, così come per i iudicia bonae fidei; la questione, come si sa, è discussa (vedi per la letteratura la mia *Actio arbitraria*, pag. 94, n. 3), ma non interessa per noi. Dunque dal testo greco e dal confronto con quello latino non si può in alcun modo ricavare la conclusione voluta dall'A. che nel diritto classico si dovesse agire coll'azione de constituta pecunia adiecto loco, nel diritto giustiniano coll'actio arbitraria. L'A. avrebbe fatto bene a non insistere su di un argomento insussistente, tanto più che lo stesso A. sul passo dei Basilici scriveva « probabilmente neppure questa redazione corrisponde esattamente al dettato genuino di Ulpiano » (pag. 162). Ed allora?

6. Quanto al § 33 Inst. IV, 6, l'A. pretende di aver data la dimostrazione dell'itp. e dice che io non l'ho intesa. Ora tolta la questione dell'utilitas e l'argomento ricavato dalla parafrasi, di cui io mi occupai, la dimostrazione sarebbe contenuta in queste parole: « e quanto alla frase *quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur*, non è dubbio ch'essa serva a riattaccare, modificandoli, il concetto e le parole di D. 13, 4, 3. Io considero, e l'ho già detto, questo brano come appartenente nell'insieme al testo gaiano (delle res cottidianae o del commento ad ed. prov.) che i compilatori tenevano presente in questo punto¹⁾; ma se si concorda col Beseler nel considerare il passo come mutuato dei Digesti la inserzione delle parole di collegamento è più che mai evidente. Perchè Gaio parlava della remissione della somma della condanna all'*arbitrium iudicis* e di questa appunto cercava la ragione in ciò che '*scimus quam varia sint pretia rerum rell.*' e solo i compilatori hanno potuto trasportare la motivazione nel campo della utilitas promissoris » (pag. 178). L'A. chiama *dimostrazione* questa serie di ipotesi e di affermazioni; poco male; è questione di

¹⁾ È possibile dunque che i compilatori delle Istituzioni abbiano escerpito dal commento ad edictum provinciale di Gaio. La preziosa notizia che fornisce qui l'A. merita di essere additata: con ciò le dichiarazioni ripetute e categoriche di Giustiniano (c. *omnem*, § 2: c. *Tanta*, § 11; *proem.* Inst., § 6) cadono nel nulla e crollano miseramente le nostre più ferme conoscenze sulle fonti delle Istituzioni.

sapersi intendere. Ma debbo esser io a rimproverare all'A. di non aver letto le considerazioni da me svolte sul fr. 3 D. 13, 4 nei miei due lavori rispettivamente a pag. 35 e seg. e pag. 32, in cui appunto rilevavo come le dichiarazioni contenute in quel passo avevano senso solo riferendole all'interesse del debitore. Che significato dà l'A. alle parole gaiane «pecuniarum... aliis locis facilius et levibus usuris INVENIUNTUR aliis difficilioribus et gravibus usuris» riferendole all'interesse del creditore? — A proposito poi di quanto osservavo sull'argomento ricavato dall'A. dal confronto colla parafrasi, questi scrive: « il B. rileva due sole frasette, credendo con ciò di ristabilirne la perfetta connessione con le Istituzioni, io mi meraviglio, sorrido e passo oltre ». Ora perchè anche il lettore possa sorridere riporto i due testi affinchè giudichi della loro corrispondenza: « ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione »; Teoph.: « εισάγεται plus petition. ἀφαίρουμαι γὰρ τὸ διαφέρον καὶ τὸ κέρδος, οὐπερ ἤμελλε τυγχάνειν ὁ ἐπερωτηθεὶς, εἰ κατέβαλεν ἐν τῇ Ἐφέσῳ ». Ed il fatto che, diversamente dal testo ufficiale, Teofilo parla dell'azione poche righe prima del fondamento della plus petitio non può meravigliare chi abbia un po' di familiarità colla parafrasi teofilina; se poi ciò autorizzi ad operare un taglio chirurgico nella parafrasi ed a rappresentarsi tragicamente il lavoro di Teofilo, come fa l'A., veda il lettore.

7. L'A. a proposito del fr. 15 D. 16, 2 confessa di aver sbagliato ricostruendo « quanti mea intersit », sostituisce *tua* a *mea* e dice che « eliminato questo lapsus calami non ho altro da dire » (pag. 150). No. Egli avrebbe dovuto provarsi a conciliare la sua ricostruzione con Bas. 24, 10, 15 in cui si parla solo dell'interesse del debitore certo loco. Ma di ciò l'A. non si preoccuperà più che tanto, poichè egli è abituato a far subire ai testi greci ben altre evoluzioni tattiche.

8. La prima parte del fr. 2, 8 D. h. t. è sicuramente itp.; io vi ritengo itp. l'interesse del creditore, l'A. quello del debitore. A favore della mia tesi sta l'argomento testuale non disprezzabile desunto da Bas. 24, 9, 2, 8; ma l'A., che è sempre molto facile a maltrattare i passi greci, ha preferito sempre tacere su quel testo così limpido e tanto istruttivo. Contro la ricostruzione dell'A. io osservavo che nel seguito del testo, che egli ritiene genuino, è detto « Iulianus... *etiam actoris* habuit rationem »; nessun ostacolo vede l'A. in ciò perchè

quelle parole dovrebbero significare che « il giudice deve tener conto oltre che della *quantitas contractus* anche dell'interesse dell'attore ». L'A. si appiglia alle soluzioni più disperate, sia pure sempre « eleganti »¹⁾: habere rationem può avere per complemento l'interesse delle parti, ma non la *quantitas contractus*; io non so concepire un giudice che nella *condemnatio* « habeat rationem quantitatis contractus ».

L'A. colla sua fervida fantasia cerchi un altro ripiego; ma « habere rationem ETIAM ACTORIS » vuol dire tener conto *anche* dell'interesse dell'attore il che importa necessariamente che prima si era parlato dell'interesse *di un'altra persona*, cioè del convenuto.

9. A pag. 151 l'A. scrive: « qui gli sforzi del B. raggiungono il colmo: si tratterebbe di riaffermare, contro tutti i testi concordi la irrilevanza dell'interesse del creditore in epoca classica ». L'A. con queste parole, certo molto sonore, non è riuscito a spiegare come mai, se è vero come egli sostiene, che « chi paga in luogo diverso da quello stabilito paga normalmente MENO » (pag. 189), nel diritto classico si sarebbe considerato come PLUS petitio l'esercizio dell'azione alibi, anzichè come minus petitio o petitio di aliud pro alio. - « Tutti i testi concordi »! Quali? Non quei tre o quattro la cui interpolazione ammette lo stesso A. (vedi il mio lavoro a pag. 34), poichè, se mai, gli altri due o tre testi che rimangono sarebbero concordi con quelli interpolati!

10. A proposito delle mie osservazioni sui fr.ⁱ 9 D. 13, 4 e 16, 2 D. 46, 1 i quali negano efficacia liberatoria al pagamento eseguito alibi senza il consenso del creditore, l'A. cerca di cavarsela con straordinaria disinvoltura: « il B. mi risponde con tre pagine inaudite coronate dalla dichiarazione seguente: 'se una conseguenza deve ricavarsi dal principio... è precisamente questa: se il debitore non è in colpa il creditore che agisce alibi dimostra con ciò...'. Ma anzi tutto se così fosse, dell'interesse loci del creditore si dovrebbe tener conto quando il debitore è in colpa... Ed è poi noto che in tema di stipulazione e di condictio la colpa non ha la più piccola influenza: il criterio dell'obbiettivo inadempimento trova qui la sua applicazione

¹⁾ Così lo stesso A. qualifica la sua interpretazione a pag. 186 del suo primo scritto.

piena ». Così l'A. a pag. 151. Debbo andare orgoglioso di tutto ciò perchè l'A. mi fa l'onore di combattermi con gli stessi argomenti da me addotti a favore della mia tesi. Mi oppone anzitutto che, se fosse vero quanto io affermavo, l'interesse del creditore si sarebbe valutato solo nel caso che il debitore fosse stato in colpa a pagare nel luogo stabilito; ora io in quel tratto, riportato dallo stesso A., dicevo appunto « se il debitore non è in colpa ». L'A. mi obietta che in tema di stipulazione e di *condictio* la colpa non ha alcuna influenza; giustissimo: ma è appunto fondandomi principalmente su questo argomento che potei arrivare a dimostrare non classico l'interesse del creditore. — L'A. parla ancora di « obbiettivo inadempimento ». L'insistenza è impressionante. Nei fr.ⁱ 8 e 10 D. h. t., che l'A. ritiene genuini e che secondo lui contengono tutta la dottrina dell'interesse del creditore, è detto come condizione essenziale per la valutazione di tale interesse: « si post moram factam quo minus Capuae solveretur » (fr. 10), « quod forte per reum steterit quo minus tota centum Capuae solverentur », « si post moram factam » (fr. 8). Saprebbe dirm l'illustre grecista che cosa intendano dire con ciò i giureconsulti?

11. Nel fr. 8 D. h. t. cercai dimostrare l'itp. dell'ultima parte ricostruendo il testo così: « ... officium iudicis tale esse debeat ut [*aestimetur, quanti actoris intersit*] *condemnet* (Afr.) *in eam dumtaxat summam quae petetur* [*Capuae solutam esse*] ». L'A. dice che è « rimasto al suo posto, lievemente canzonatorio, il *dumtaxat*: ma ora aspetteremo che in un terzo articolo del B. anche il *dumtaxat* scompaia » (pag. 152). Debbo disilludere l'egregio papirologo. Il *dumtaxat* è perfettamente a posto; se l'A. è di contrario avviso incomincio a dubitare che egli non ha ben compreso la mia interpretazione del testo: Africano dice che dopo la mora *quominus Capuae solvatur* l'*obligatio* non si aumenta e che pertanto il giudice deve condannare solo (*dumtaxat*) nella somma che si domanda.

12. L'A. confessa di aver preso un abbaglio nell'attribuire al Riccobono la paternità della mia tesi sull'origine bizantina della categoria generale delle *actiones arbitrariae*. Ma anche a proposito di questa ritrattazione, l'A. non resiste al bisogno di sentenziare che quella mia tesi è « indubitabilmente contraddetta da Gaio e dal frgm. de formula Fabiana » (pag. 152). L'A. può benissimo non credere ai miei ragionamenti sul fr. de form. Fabiana, ma se mi oppone Gaio e se egli

si appaga della meschina osservazioncella fatta a questo proposito nel suo lavoro a pag. 143, non mi resta che rimandare l'egregio mio contraddittore a quanto ebbi a scrivere nei miei *Studi sulle actiones arbitrariae*, pagg. 6-12.

Ho voluto passare in rassegna ad una ad una *tutte* le critiche dell'A. perchè il lettore potesse vedere appieno il valore della sua risposta. Potrei chiudere con le stesse parole dell'A., interpolando il nome suo al mio: « la onesta cortesia con cui confutavo un umano errore, avrebbe giovato all'A., se egli non avesse preferito il diabolico perseverare » (pag. 152). Ma io ho ferma convinzione che mai debba essere l'autore stesso a chiamare esauriente la propria dimostrazione, a pretendere che la propria tesi sia la sola giusta, a qualificare senz'altro errate le altrui ricostruzioni. Non ho l'intolleranza scientifica dell'A. e non intendo imporre le mie idee ad alcuno. Nel mio articolo precedente ho detto le ragioni per cui la tesi dell'Arangio Ruiz non mi sembrava accettabile; in questo ho messo in luce il valore della sua risposta. Se egli in seguito studiando meglio la materia, o, come spesso avviene, lavorando in altri campi, troverà altri argomenti a sostegno della sua tesi, potremo riparlare con quella serenità che si addice ad ogni studioso serio; se essi mi persuaderanno sarò io il primo a convertirmi; ma per ora non posso che preferire « il diabolico perseverare ».

Perugia, febbraio 1914.

BIONDO BIONDI.

INTORNO ALL'ORIGINE DELL'OBBLIGO DI DOTARE

IN DIRITTO ROMANO *

1. L'origine dell'obbligo di dotare è assai disputata fra gli storici del diritto romano. Tale obbligo sarebbe stato introdotto secondo alcuni dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus*¹⁾, secondo altri da una costituzione di Severo e Caracalla²⁾. In questo scritto mi propongo di dimostrare che i testi antegiustiniani, i quali sicuramente si riferiscono a un obbligo giuridico di dotare, sono interpolati, e che l'istituto stesso è una creazione di Giustiniano.

2. Il testo fondamentale per la nostra ricerca è il fr. 19, D. 23, 2. Marcianus, *libro sexto decimo institutionum*.

Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et

* I risultati di questa ricerca furono esposti da me per la prima volta l'anno scorso nel *Filangieri* [1913, nn. 1-2, p. 57-63]; li ripubblico ora con parecchie correzioni ed aggiunte, in cui ho fatto tesoro dei consigli largitimi con tanta dottrina e cortesia da romanisti italiani e stranieri, che qui vivamente ringrazio.

Sui fr. 19, D. 23, 2 e 6, D. 37, 6 vedi ora anche Beseler (*Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, p. 14, 30-31, 202), che sostanzialmente concorda coi miei risultati.

¹⁾ GRAVINA, *Origines iuris civilis*, lib. 3, c. 53; GLÜCK, *Pandette*, trad. it., XXIII, 689-94; ARNDTS, *Pandette* (trad. SERAFINI) III, § 396, n. 1; WINDSCHEID, *Pandette* (trad. FADDA e BENSA), II, § 493; BARON, *Pandekten*, § 329; SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, p. 294; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, p. 172; BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, I, p. 41; GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 132-134; COSTA, *Storia del diritto romano privato*, p. 96.

²⁾ HEINECCIUS, *Ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, p. 109-112, 470-477; MANCALEONI, *L'origine storica dell'obbligo di dotare in diritto romano*, in *Archivio giuridico*, 1891, v. 47, p. 537-546.

Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.

L'oscurità di questo testo, già notata *ab antiquo*, destò nel Jörs¹⁾ qualche sospetto di alterazione triboniana: ma la sua non varcò i limiti di una affermazione gratuita. L'esame del frammento di Marciano al lume della critica interpolazionistica è per la prima volta intrapreso dal Moriaud in uno studio recente²⁾, in cui non si sa se maggiormente lodare il rigore del metodo o l'eleganza dell'esposizione, sebbene i notevoli risultati raggiunti possano essere in qualche parte completati.

Il Moriaud svolge questi due punti, di cui il primo è nuovissimo, mentre il secondo era già stato visto dagli antichi scrittori:

1° La disposizione della *lex Iulia*, concernente il consenso del *paterfamilias* al matrimonio, si riferiva, non già ai *liberi in potestate*, ma semplicemente alle *filiae et neptes*: l'estensione ai *liberi* spetta ai compilatori.

Le ragioni che il Moriaud adduce sono in sostanza due. Anzitutto le parole *collocare* e *dotare* e la frase di chiusa - *prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit* - non convengono ai *liberi*, sibbene alle *filiae et neptes*.

In secondo luogo sarebbe strano che la *lex Iulia* avesse dato ai figli maschi un'arma così efficace per infrangere la resistenza paterna alle loro nozze, mentre in pieno diritto classico e fino alla celebre costituzione di Marco Aurelio non erano permesse le nozze al figlio del pazzo. La maggiore severità, a cui i giureconsulti classici informavano le loro decisioni in questa materia trattandosi di figli maschi, si spiega facilmente pensando al noto principio *nemini invito suus heres agnascitur*.

2° La costituzione di Severo a Caracalla aveva per iscopo di estendere alle provincie le statuizioni della *lex Iulia*: dal testo devono essere cadute le parole *per praelorem urbanum*, forse per una dimenticanza del compilatore o dello scriba.

¹⁾ JÖRS, Ueber das Verhältniss der *lex Iulia de maritandis ordinibus* zur *lex Papia Poppaea*, 13, n. 1.

²⁾ PAUL MORIAUD, Du consentement du père de famille au mariage en droit classique. (Extrait des *Mélanges*. P. F. GIRARD).

Il Moriaud conforta la sua asserzione allegando i casi assai frequenti, in cui la legislazione imperiale estese alle provincie delle norme, che per lo innanzi vigevano solo a Roma.

In base alle precedenti osservazioni, il testo genuino sarebbe probabilmente questo:

Marcianus, *libro sexto decimo institutionum*.

Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui filias neptesve quas habent in potestate iniuria prohibuerint nubere, vel qui dotem dare non volunt, per praetorem urbanum, vel ex constitutione divorum Severi et Atonini per proconsules praesidesque provinciarum, coguntur eas in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.

Dichiaro subito di accettare tutte le interpolazioni ammesse dal Moriaud, ma credo che occorra fare un passo avanti, ed espungere come un emblema triboniano le parole *vel qui dotem dare non volunt... et dotare*. Marciano avrebbe attinto questa statuizione secondo gli uni della *lex Iulia*, secondo gli altri da una costituzione di Severo e Caracalla.

Ora la frase in questione non può appartenere alla *lex Iulia*, perchè un giurista classico, nel riferire il testo di una legge, non avrebbe adoperato la forma aperta *vel qui*, ma quella chiusa *quive*, ed avrebbe specialmente usato la forma *nolle* invece che il barbarismo *non velle*; infine avrebbe di certo schivato il brusco e ingiustificato passaggio di tempo e di modo *prohibuerint... non volunt*.

Si confrontino, fra gli altri, i testi seguenti, di cui il primo appartiene proprio alle istituzioni di Marciano, fr. 1, D. 48, 8.

Marcianus, *libro quarto decimo institutionum*.

Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit; cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit: quive, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteretur ut quis innocens condemnaretur. Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit: quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damna-

retur: *quive* magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam *acceperit*, ut publica lege reus fieret.

Fr. 2, D. 48, 10.

Paulus, *libro tertio ad Sabinum*.

Qui testamentum amoverit celaverit eripuerit deleverit interleverit subiecerit resignaverit, *quive* testamentum falsum scripserit signaverit recitaverit dolo malo cuiusve dolo malo id factum erit, legis Corneliae poena damnatur.

Fr. 25, D. 48, 5.

Ulpianus, *libro secundo ad legem Iuliam de adulteris*.

Capite quinto legis Iuliae ita cavetur, ut viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut *nolit* aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti testandae eius rei causa sine fraude sua iure liceat.

Concludendo, Marciano non avrebbe scritto *vel qui dotem dare non volunt*, ma *quive dotem dare noluerint*.

Rimane la seconda ipotesi, che cioè Marciano abbia tolto le parole in questione da una costituzione di Severo e Caracalla. Ma anche questa ipotesi deve essere, dal punto di vista filologico, eliminata. Essa spiegherebbe, è vero, il *vel qui* invece di *quive*, ma restano pur sempre il barbarismo *non volunt* e la grave sconcordanza di modo e di tempo *prohibuerint... non volunt*, scorrettezze coteste, che sono indegne e di Marciano e della cancelleria imperiale, la quale al tempo dei Severi non aveva ancora dimenticato l'elegante purità della lingua latina.

A ogni modo poi la frase *vel qui dotem dare non volunt* è claudicante: manca cioè il complemento. Se la restituzione del Moriaud è esatta, Marciano avrebbe dovuto scrivere *vel qui dotem eis dare non volunt*: in tal caso Giustiniano, rielaborando il frammento, avrebbe cambiato *eis* con *filibus*. Ma tutto si spiega, una volta che si ritenga interpolato l'inciso, con la fretta e l'imperizia stilistica dei compilatori

3. L'interpolazione, che io suppongo, sarebbe inammissibile, malgrado le gravi ragioni filologiche, se si riuscisse a dimostrare per

altra via che l'obbligo di dotare è stato introdotto dalle *lex Iulia* o da una costituzione di Severo e Caracalla. I fautori della *lex Iulia* citano una serie di testi¹⁾, dai quali risulterebbe che l'obbligo di dotare era conosciuto prima di Settimio Severo: ma questi testi si possono spiegare, presupponendo sia piuttosto un dovere morale che un obbligo giuridico. Un'eccezione va fatta per il fr. 6, D. 37, 6, il quale però è interpolato, come intendo dimostrare.

Celsus, *libro primo digestorum*.

Dotem, quam dedit avus paternus, an post mortem avi mortua in matrimonio filia patri reddi oporteat, quaeritur. occurrit aequitas rei, ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, perinde sit atque ipse dederim: quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet. quid si filius a patre exheredatus est? existimo non absurde etiam in exheredato filio idem posse defendi, nec infavorabilis sententia est, ut hoc saltem habeat ex paternis, quod propter illum datum est.

Le parole *et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet* alludono di certo a un obbligo giuridico di dotare: ma queste parole appartengono a Celso o ai compilatori?

Analizziamo il ragionamento di Celso. Noi sappiamo che solo *dos a patre profecta ad patrem revertitur* (Ulp. VI, 4): quindi, a rigore, la dote costituita dall'avolo alla nipote non deve essere restituita al padre, ma, morto l'avolo, rimane al marito (fr. 79, D. 23, 3). Celso si sforza di provare il contrario, ricorrendo a ragioni di equità (*occurrit aequitas rei*): l'avolo ha agito per conto del figlio (*propter me*), eseguendo quello che per il figlio era un *officium*, cioè non un obbligo giuridico, ma un dovere morale, un dovere di convenienza sociale. Ora Celso non avrebbe potuto ragionare così, se già la *lex Iulia* avesse imposto di dotare le *filiae et neptes in potestate*, perchè in questo caso l'avolo sarebbe stato legalmente costretto a dotare la nipote come titolare della *patria potestas*, dato che nulla nel testo fa supporre un'avvenuta emancipazione del figlio²⁾.

Tale essendo il pensiero di Celso, le parole *et quia pater filiae*,

¹⁾ Fr. 33, D. 2, 14; 46, § 2, D. 23, 3; 79, § 1, D. 23, 3; 10, D. 23, 4; 6, D. 37, 6.

²⁾ MANCALEONI, *op. cit.*

ideo avus propter filium nepti dotem dare debet sono in una contraddizione stridente col contesto e specialmente colla prima motivazione basata sull'*officium*. Si tratta dunque di una interpolazione dei compilatori; ciò che del resto appare anche dal giro alquanto sforzato del periodo, e dal mutato attacco (*et quia*) di questa seconda e discorde motivazione.

L'interpolazione prosegue sicuramente sino alla fine del frammento: l'interrogazione rettorica «*quid si filius a patre exheredatus est?*», le locuzioni *non absurde, posse defendi, infavorabilis sententia* ne sono indizi abbastanza probanti. Questo rilievo, sebbene non abbia per la mia tesi importanza diretta, rende sempre più verosimile l'attribuzione a Giustiniano delle parole *et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet*.

Così al tempo di Celso, e cioè nella prima metà del secondo secolo dell'impero, non solo non è provato un obbligo giuridico di dotare, ma ne possiamo con sicurezza escludere l'esistenza. Ma v'ha di più. Noi possediamo un testo, posteriore a Settimio Severo, dal quale risulta nel modo più esplicito che il padre, ancora al tempo di Caracalla, era tenuto a dotare la figlia semplicemente da un dovere morale, da un dovere di convenienza sociale. Si tratta di un frammento del libro quarantaquattresimo di Ulpiano *ad edictum*, e noi sappiamo che i primi 50 libri *ad edictum* di Ulpiano furono composti sotto Caracalla.

Fr. 1, § 10, D. 38, 5.

Sed si libertus filiam dotavit, hoc ipso, quod dotavit, non videtur fraudare patronum, *quia pietas patris non est reprehendenda*.

I Basilici al passo parallelo omettono la menzione della *pietas patris*.

Bas. 49, 6, 1, § 10.

Οὐ περιγράφει τὸν πατέρα προκίζων τὴν ἰδίαν θυγατέρα.

A proposito di questo frammento, mi sembra opportuno di prendere in considerazione un dubbio, che mi è stato cortesemente affacciato: l'affermazione del giureconsulto non è stata capovolta da Giustiniano?

Le parole *hoc ipso, quod dotavit*, si è detto, può solo scrivere chi distingue tra il danno e l'intenzione di arrecarlo: ora il distinguere tra l'atto in sè e l'intenzione, per determinare il concetto di frode, è certo più giustiniano che classico. Il frammento genuino avrebbe suonato così:

Et si libertus filiam dotavit, videtur fraudare patronum.

Anche se questa restituzione del passo di Ulpiano fosse accettabile, la mia tesi ne uscirebbe illesa. Il giureconsulto, attenendosi rigidamente ai principi della logica giuridica, non avrebbe esitato a sacrificare il dovere morale del padre verso la figlia di fronte all'obbligo giuridico del liberto verso il patrono. Giustiniano, autore della disposizione, che imponeva al padre di dotare le figlie, tra i due doveri giuridici in conflitto, avrebbe naturalmente dato il passo a quello che traeva origine dalla sua innovazione legislativa, interpolando il testo del giureconsulto. Ma, per conto mio, il frammento di Ulpiano è integro. La ragione addotta per dimostrare il contrario non è decisiva, e d'altra parte la motivazione *quia pietas patris non est reprehendenda*, se ben s'addice a un giureconsulto che, sotto la pressione delle condizioni sociali, mira a temperare certe asprezze del diritto, mi sembra troppo remissiva in bocca a Giustiniano, per cui l'obbligo di dotare è senza dubbio un obbligo munito di sanzione giuridica.

Conchiudendo:

1° L'obbligo giuridico di dotare non può essere stato introdotto nè dalla *lex Iulia* nè da una costituzione di Severo e Caracalla.

2° Gli accenni a tale obbligo, che noi troviamo nel Digesto (fr. 19, D. 23, 2; fr. 6, D. 37, 6), sono sicuramente emblemi triboniani.

4. In base ai precedenti risultati dovremo affermare che l'imposizione dell'obbligo di dotare è un'innovazione giustiniana? Giustiniano accenna all'obbligo di dotare in un passo di una sua costituzione.

L. 7, § 2, C. 5, 11.

Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est omnimodo paternum esse officium dotes vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie.

Quali saranno queste *leges* a cui l'imperatore si riferisce?

Ho pensato per un momento a costituzioni imperiali del periodo romano-ellenico non inserite nel codice, e in ogni modo a noi sconosciute; ma questa opinione cade di fronte all'indeterminatezza con cui Giustiniano si esprime. Probabilmente l'imperatore vuole alludere in genere a tutti i testi del Digesto e del codice, dai quali risulta l'obbligo giuridico di dotare: l'appellativo di *leges*, è vero, conviene solo alle costituzioni imperiali, ma noi sappiamo che i Bizantini non si distinguono per una grande precisione nella terminologia.

Giustiniano, nel dettare la l. 7, § 2, C. 5, 11, aveva certo presente il frammento di Marciano, interpolato in modo da attribuire l'origine dell'obbligo di dotare, non si sa bene se alla *lex Iulia* o a una costituzione di Severo e Caracalla. Può anche darsi che egli abbia inteso riferirsi a queste fonti legislative: ricordo quel caso curiosissimo, in cui egli attribuisce a Costantino una riforma, che si trova in una costituzione di questo imperatore, a tal uopo da lui interpolata¹⁾. La l. 7, § 2, C. 5, 11 richiama pure il frammento di Celso; Giustiniano, al pari di Celso, per indicare il dovere paterno adopera la parola *officium*, attribuendole però un significato ben diverso, come risulta già dalla frase interpolata nel testo del giureconsulto²⁾. Infine l'imperatore doveva pensare a quelle due costituzioni (l. 12, § 20, C. 1, 5 e l. 19, § 3, eod. tit.), nelle quali egli stesso aveva imposto ai genitori eterodossi di dare alla prole ortodossa la dote e la *donatio ante nuptias* - *ne propter divini amoris electionem paterna vel materna fuerint liberi provisione defraudati*. -

Queste costituzioni spiegano la menzione della *donatio ante nuptias* accanto alla *dos*, sebbene il parallelismo fra i due istituti fosse giunto a tal punto, che Giustiniano, anche in mancanza di esse, avrebbe probabilmente assimilato la *donatio* alla *dos* nella disposizione generalissima della l. 7, § 2, C. 5, 11.

¹⁾ BONFANTE, *Lex.*, 1907-908, parte II, p. 36.

²⁾ Mi è stato osservato che la l. 7 § 2, C. 5, 11 è del novembre 531: non poteva quindi Giustiniano riferirsi al Digesto, che era da poco in corso di compilazione. Questa obbiezione, per quanto sagace, mi sembra facilmente confutabile: anzitutto nel novembre 531 la compilazione del Digesto era già iniziata da un anno, in secondo luogo noi sappiamo che i compilatori più d'una volta hanno spezzato e interpolato le costituzioni di Giustiniano, contenute nel *Codex repetitae praelectionis*, appunto per metterle in armonia col Digesto.

Alla mia tesi si può muovere un'obiezione, di cui non mi dissimulo la gravità: è ammissibile che solo Giustiniano abbia introdotto per il padre e per l'avolo l'obbligo di dotare, mentre già una costituzione di Diocleziano avrebbe imposto tale obbligo in casi eccezionali alla madre? Esaminiamo il testo: l. 14, C. V, 12.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Basilissae:

Mater pro filia dotem dare non cogitur nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa: pater autem de bonis uxoris suae invitae nullam dandi habet facultatem. S. d. III non. Nov. Philippopoli A. A. cons. [a. 293].

Le parole «*vel lege specialiter expressa [causa]*» sono un'interpolazione ammessa *ab antiquo*, perchè la *lex specialis* non può alludere che alla sanzione della l. 19, § 3, C. I, 5. Anche l'espressione *magna et probabilis causa* è schiettamente bizantina: il *nisi* poi è più che sospetto. Possiamo quindi ritenere compilatorio tutto l'inciso, e attribuire a Giustiniano l'imposizione dell'obbligo di dotare in casi eccezionali alla madre ¹⁾.

L'obiezione perde così la maggior parte della sua efficacia. Tuttavia qualche difficoltà può rimanere ancora. Diocleziano afferma che la madre non può essere costretta a dotare la figlia: ora il dubbio si sarebbe presentato, se il padre a ciò non fosse stato tenuto? A me pare che anche questa difficoltà svanisce, considerando il caso risolto del rescritto.

Un padre ha costituito in tutto o in parte la dote sui beni *uxoris suae invitae*: la madre ricorre all'imperatore. Questi decide che la madre non può essere costretta a dar la dote, costituita illegalmente dal padre sui beni di lei: si tratta insomma di uno di quei casi, in cui l'imperatore afferma, di fronte alle opposte consuetudini greche e orientali, la piena indipendenza patrimoniale della donna romana.

5. Dobbiamo ora proporci un'ultima questione: per qual motivo Giustiniano introdusse l'obbligo di dotare? L'ipotesi di influenze greche e orientali si presenta subito al pensiero: ma, per lo meno allo stato attuale degli studi, essa mi sembra assai improbabile. Nel diritto attico il padre era tenuto a dotare la figlia non dalla legge,

¹⁾ BONFANTE, *Lex.*, 1907-908, parte II, pp. 98, 99.

ma dal costume, secondo l'opinione ormai quasi pacifica¹⁾. La legge di Gortina, pur assicurando alle figlie in concorso coi fratelli un limitato diritto successorio, dichiara che la divisione dei beni non può essere pretesa dai figli, mentre i genitori sono ancora in vita, e rende così facoltativa la costituzione di dote da parte del padre²⁾. Nel diritto greco-egizio la figlia dotata era esclusa dalla successione paterna: parrebbe quindi che la figlia non dotata potesse far valere qualche pretesa alla successione stessa³⁾. Disposizioni consimili troviamo nella legge di Hammurabi⁴⁾. A ogni modo però, nè in Grecia nè in Oriente, per quanto io sappia, il padre vivo poteva essere costretto a dotare la figlia.

La ragione dell'istituto è, secondo me, assai più semplice. Finchè la compagine della famiglia romana si mantenne salda, il dovere di dotare la figlia, posto sotto la sanzione venerata del *mos*, fu profondamente sentito e generalmente rispettato⁵⁾. Ma con l'allentarsi dei vincoli domestici e col deformarsi degli antichi concetti dell'*officium* e del *mos*, le cose mutarono di sana pianta⁶⁾, onde il legislatore finì per imporre come obbligo giuridico ciò che prima era abbastanza garantito dalla *pietas paterna*.

¹⁾ BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, I, p. 262 e seg.; LIPSIIUS, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren*, p. 489.

²⁾ V. 25. DARESTE HAUSSOULLIER REINACH, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, III, p. 465.

³⁾ ARANGIO RUIZ, *La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizii*, p. 38 e seg.; MITTEIS, *Grundzüge*, pp. 223-224.

⁴⁾ BONFANTE, *Le leggi di Hammurabi Re di Babilonia*, § 180-184; KOHLER und FEISER, *Hammurabiss Gesetz*, § 180-184.

⁵⁾ Nell'antico diritto romano l'obbligo di dotare era così serio, che il patrone poteva pretendere il contributo dei clienti: DION. ALIC., 2, 10; PLUTARCO, *Romolo*, 13. Gli scrittori sogliono addurre a questo proposito alcuni passi di PLAUTO e di TERENCE, ma è assai difficile distinguere dove il comico ritrae costumi e sentimenti romani e dove traduce dal modello greco. Cfr. l'ultimo lavoro sull'argomento: O. FREDERSHAUSEN, *Weitere Studien über das Recht bei Plautus und Terenz*, *Hermes*, vol. 47, II, p. 226 e seg. Ancora ai tempi di Cicerone questo dovere era sentito: *Pro Quinctio*, 31, 98.

⁶⁾ Già MARZIALE, tra le disgrazie e le seccature che possano capitare a un uomo, annovera la dotazione delle figlie: VII, 10.

Pro togula debes: hoc ad te pertinet, Ole.

Quadrantem nemo iam tibi credet: et hoc.

Uxor moecha tibi est: hoc ad te pertinet, Ole.

Poscit tam dotem filia grandis; et hoc.

Questa riforma del resto quadra benissimo nella legislazione giustiniana, le cui tendenze, nel campo della dote, sono appunto caratterizzate dal *favor dotium* e dall'argomentazione *ne mulier maneat indotata*, che i compilatori hanno a più riprese inserito nei frammenti dei giureconsulti classici¹⁾.

GUGLIELMO CASTELLI.

¹⁾ Fr. 9 § 1, D. 23, 3; 59 § 1, D. 23, 3; 4 § 21, D. 44, 4.

STUDI SULLE FONTI DEL CODICE GIUSTINIANEO

La natura dei materiali su cui ebbero a lavorare i compilatori del codice e il sistema seguito nella elaborazione del materiale raccolto fa sì che non possano riproporsi per questa parte del *Corpus Iuris* molti dei problemi che hanno affaticato gli studiosi della formazione del digesto: i compilatori, infatti, non ebbero da escerpire una serie di opere autonome, bensì tre organiche collezioni preesistenti, oltre le quali non rimaneva che tener conto delle costituzioni posteriori; e, dentro i singoli titoli, le costituzioni trovano posto automaticamente secondo la data. Ma per ciò che riguarda la provenienza del materiale nei riguardi dei due primi fra i codici anteriori, il Gregoriano e l'Ermogeniano, la misura e il metodo d'utilizzazione di ciascuna di quelle fonti, l'imitazione dell'uno o dell'altro di esse e le influenze perturbatrici che possono essersi esercitate sui criteri normali, si affaccia tutte una serie di problemi. I quali offrono un doppio interesse: sia per la conoscenza delle compilazioni pregiustinianee, e sopra tutto del Gregoriano e dell'Ermogeniano, sui quali tanto scarse sono le notizie dirette; sia per un più adeguato apprezzamento del modo di formazione del codice di Giustiniano e, da un punto di vista più generale, del metodo che è proprio dei compilatori: metodo che, diverso nelle singole parti del *Corpus Iuris* in ragione della diversità del materiale e dello scopo, rimane sostanzialmente lo stesso nelle linee fondamentali: sicchè studiarlo rispetto al codice può per avventura giovare a confermare, o completare, o rettificare, quanto altri studi hanno da tempo chiarito per il digesto.

1. Rapporti cronologici tra il codice Gregoriano e l'Ermogeniano.

Sommario: 1. Esame delle fonti. - 2. Le costituzioni diocleziane nei due codici. - 3. La data di prima pubblicazione dell'Ermogeniano e le appendici. - 4. La data originaria del Gregoriano. La derivazione delle costituzioni del 291-292 e del 295-305. Ipotesi per le costituzioni del 293-294.

I. Alcuni dei problemi relativi agli antichi codici, come la determinazione del nome degli autori e del luogo d'origine, sono stati oggetto, specie per parte del Mommsen ¹⁾, di studio esauriente: non così può dirsi per ciò che riguarda il problema cronologico e i rapporti tra le due compilazioni, problema che ha importanza fondamentale per determinare la derivazione dei materiali che figurano nel c. Giustiniano. Non soltanto regnano, in proposito, incertezze e dispareri anche sui punti fondamentali, ma si trascura persino di porre questi problemi, dal che conseguono le inesattezze in cui inavvertitamente incorrono talvolta anche i maggiori nel discorrere della materia ²⁾. Eppure, per quanto scarse e sporadiche, le notizie che possediamo su quei due codici possono essere sfruttate con profitto.

Le principali fonti di notizie sono, com'è noto, le compilazioni

¹⁾ *Die Benennung der Constitutionensammlungen*, in *ZSSr.* X (1889) 345 = *Ges. Schr.* 2. 359; *Ueber das Helmath des Gregorianus*, in *ZSSr.* XXII (1901) 139 = *Ges. Schr.* 3. 366. La letteratura sui due codici è piuttosto scarsa: per le opinioni degli antichi v. *STRUVIUS, Hist. iur. romani* etc. l. 248 sg.; poi *POHL, Dissert. de Codicibus Greg. atque Herm.*, Lipsia 1774 (a me irreperibile); *JACOBSON, Diss. critica de Codicibus Gr. et Herm.*, Königsberg 1826; *HUGO, Röm. Rechtsgesch.* p. 1017 sg.; *HAENEL*, nella prefazione alla sua edizione (Bonn 1837, p. v sg.; 62 sg.); *HEIMBACH*, in *Leipziger Repertorium*, 1845, p. 11 sg.; 45 sg.; *HUSCHKE, Ueber den Greg. und Herm. Codex*, in *ZRG.* VI (1867) 279 sg.; fra i moderni sopra tutto *KRÜGER, Collectio*, etc. 3, p. 223 sg.; *Gesch. der Quellen*,² p. 316 sg.; *KARLOWA, Röm. Rechtsgesch.* l. 941 sg.; *JÖRS* in *PAULY-WISSOWA, s. h. v.*; *KIPP, Gesch. der Quellen*,³ p. 88 sg.; *BONFANTE, Storia del d. rom.*,² p. 517 sg.; 802 sg.

²⁾ P. es., *MOMMSEN*, in *ZSSr.* 1901. 141 = *Ges. Schr.* 2. 367. argomentando per la derivazione beritese del Gregoriano non si preoccupa della possibilità - che è, vedremo, quasi certezza - che alcuna delle costituzioni di cui si occupa, derivi dall'Ermogeniano. *KRÜGER*, in *Cod. ed. maior, praef.*, p. xxii, assegna parimenti al Gregoriano delle costit. del 293-294 che devono presumere derivanti dall'altro codice. *ZACHARIAE*, in *BIDR.* V, p. 6, dà per certa la derivazione dal Gregoriano della l. 14 C. 5-4 che è invece sicuramente dell'altro codice come risulta dall'esame della l. 17 h. t. che dovrò fare in seguito. E anche ultimamente, p. es., *VERNAY*, negli *Etudes d'hist. juridique* per *GIRARD* (l. 269) fa derivare dal Gregoriano la maggior parte dei rescritti diocleziane, mentre dal Gregoriano vedremo che non proviene se non una ben scarsa parte di essi.

postclassiche, come i Frammenti Vaticani e, in più larga misura, la *Collatio*, la *Consultatio*, gli Scolii Sinaitici, nonchè e specialmente la *lex Burgundiorum* e la *lex Wisigothorum*.

Non prive d'importanza sono, al riguardo, le fonti bizantine le quali, come gli studi recenti hanno sempre meglio accertato, conoscono ed utilizzano le elaborazioni pregiustiniane. Il c. Gregoriano e l'Ermogeniano erano, insieme col Teodosiano, oggetto diretto dell'attività scientifica degli *antecessores* pregiustiniani: degli ἡρωες beritesi, Donnino e Demostene, come già ebbe a rilevare il Reitz¹⁾, e verosimilmente anche Eudossio e Patricio, commentarono i codici per la scuola²⁾. Che anzi fu rilevato che di questi antichi ricorrono più frequenti, attraverso il resoconto di Taleleo e di Teodoro, i commenti a costituzioni imperiali che non a frammenti di giureconsulti³⁾ e, dalle indicazioni raccolte dall'Heimbach⁴⁾, appare trattarsi per la quasi totalità di costituzioni dell'età dei Severi e provenienti quindi dal Gregoriano.

¹⁾ *Ad Theoph. excurs.* XX, p. 1243; cfr. MORTREUIL, p. 261; HEIMBACH, *Manuale*, p. 10, LABORDE, *Les écoles de droit de l'empire d'Orient*, p. 56.

²⁾ Dalla *Vita Severi* di Zaccaria Scolastico il PETERS ha recentemente rilevato (in *Bericht. d. K. Sachs. Ak.* 1913, p. 63 dell'eslr.) che lo studio delle *constitutiones*, nei tre codici, pare fosse oggetto di un ultimo anno di studio anche prima del riordinamento giustiniano. LABORDE (*Les écoles etc.*, p. 66) crede invece che le costituzioni venissero spiegate nel 4º anno, in via facoltativa. Comunque, gli Scolii Sinaitici provano che anche nei commenti alle opere dei giureconsulti si facevano larghi richiami ai tre codici.

³⁾ Ciò può in parte dipendere dal caso (KRÜGER, *Gesch.*, p. 362) o più precisamente dal fatto che Taleleo è, dei contemporanei di Giustiniano, quello che più ama richiamare lo stato della dottrina anteriore.

⁴⁾ *L. cit.*, pp. 10-11. Si tratta di cost. di Severo (4 C. 2. 11: Hb. 2. 454 [Eudoxius, Patricius]); Antonino (2 C. 4. 35: Hb. 2. 146 [Patricius]; 3 C. 5-53: Hb. 3. 782 [Patricius]; 1 C. 4. 65: Hb. 2. 369 [Patricius]); Alessandro (6 C. 2. 12: Hb. 1. 403 [Domninus, Demosthenes, Eudoxius, Patricius]; 3 C. 2. 4: Hb. 1. 692 [Demosthenes, Eudoxius, Patricius]; 10 C. 2. 12: Hb. 1. 405 [Demosthenes, Patricius]; 2 C. 4. 1. Hb. 2. 542 [Patricius]; 9 C. 2. 3: Hb. 1. 649 [Patricius]; 4 C. 4. 30: Hb. 2. 657 [Patricius]; 1 C. 9. 46: Hb. 5. 252 [Patricius]); Gordiano (8 C. 2. 4: Hb. 1. 696 [Eudoxius]) Per le cost. diocleziane v. 18 C. 3. 28 (a. 286): Hb. 4. 35 [Patricius]; 5. C. 3. 29 [a. 286]: Hb. 4. 157 [Patricius]; 4 C. 4. 10 (a. 290): Hb. 3. 22 [Patricius]; 3 C. 8. 54 (a. 290): Hb. 4. 593 [Eudoxius]; 13 C. 9. 47 (ante 293): Hb. 5. 873 [Patricius]; 18 C. 2. 4 (a. 293): Hb. 1. 704 [Eudoxius, Patricius]; 6 C. 4. 10 (a. 293): Hb. 3. 23 [Patricius]; 1 C. 7. 22 (a. 293): Hb. 4. 789 [Patricius]; 4 C. 2. 21 (a. 293): Hb. 2. 488 [Eudoxius]; 20 C. 3. 28 (a. 294): Hb. 4. 35 [Patricius]. Solo le ultime cinque possono riferirsi all'Ermogeniano, secondo i criteri che determinerò in seguito. Per costit. posteriori, gli antichi non sono citati che per 1. 27 C. 8. 53 = Th. 8. 12. 5 (a. 333): Hb. 4. 585 [Domninus], e 16 C. 4. 2 (a. 408: *deest* in Th.): Hb. 2. 652 [Patricius].

Anche sotto Giustiniano Teodoro, commentando le l. 18 e 43 c. 2. 4 fa allusione ai due antichi codici ¹⁾: è, però, un'allusione generica; e anche Taleleo, nei numerosi passi ²⁾ in cui rileva le interpolazioni operate nelle costituzioni, non indica mai se la costituzione originaria derivasse dall'una o dall'altra delle antiche compilazioni. Le quali peraltro erano ancora, a lui e ai giuristi di poco posteriori, abbastanza famigliari, giacchè la compilazione del nuovo codice non poteva avere d'un colpo sprofondato nell'oblio raccolte di uso così antico e diffuso. Una traccia di tale conoscenza ci è fornita da quelle costituzioni che in mss. antichi si trovano aggiunte al C. Giustiniano e che tutte, come vedremo, derivano dal Gregoriano: un'altra che, finora, ch'io sappia, è rimasta inosservata si ha in alcuni testi bizantini dove le varie designazioni stereotipe dei *fundi* fatte nelle fonti classiche sono sostituite con «Gregoriano ed Ermogeniano». Vedasi:

35 pr. D. 28 5: unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano ...

86 § 1 D. 31 .. Seianum superiorem ... Seianum inferiore ...

41 § 3 D. 32 .. fundum Gargilianum.

91 § 3 D. 32 .. appellatione Seianorum Gabiniana quoque continentur.

1 D 34. 5.. fundum Maevianum aut Seianum.

Hb. 3. 570 (dalla Ηεῖρα 41. 13, e con parole quasi identiche nel Tipucito): ἡ σὲ μόνον εἰς τὸν Γρηγοριανὸν ἀγρόν, ἕτερον δὲ εἰς τὸν Ἑρμογενιανόν.

Hb. 4. 369 (dal Tipucito): τὸν μὲν ἄνω Γρηγοριανὸν τὸν δὲ κάτω Γρηγοριανόν.

Hb. 4. 379 (dal Tipucito): Γρηγοριανὸν ἀγρόν.

Hb. 4. 386 (dal Tipucito): πότε ληγατεύων σοι τοὺς Γρηγοριανοὺς ἀγροὺς καὶ τοὺς Ἑρμογενιανοὺς δοκῶ ληγατεύειν.

Hb. 4. 434: τὸν Γρηγοριανὸν ἢ τὸν Ἑρμογενιανὸν ἀγρόν³⁾.

¹⁾ Hb. l. 704 e 706.

²⁾ V. BONFANTE, *Storia*,² p. 659, n. 1: *adde* Hb. l. 413 per l. 20 C. 2. 12 (13) e *Suppl.* ZACH. 163 sch. 44. Alla l. 43 C. 2. 4 in Hb. l. 726 si trova avvertito che la costituzione contraddice a molte altre antiche, «μάλιστα ἐν τῷ ποτε Ἑρμογενιανῷ κώδικι»: delle quali nessuna, com'è naturale, fu accolta nel C. Giustiniano.

³⁾ Cfr. anche uno scolio all'*Exabiblos* di HARMENOP. (p. 643 Hb., n. γν). Nel testo dell'Armenopulo le nozioni sulla storia delle fonti sono così confuse che i due

Questa utilizzazione dei due nomi a scopo esemplificativo ne mostra la popolarità secolare.

A parte questi accenni, che forniscono pochi dati precisi, è possibile ricavare elementi decisivi dallo stesso codice Giustiniano che di queste due antiche compilazioni contiene, sebbene disperso e rimaneggiato, un copiosissimo materiale.



2. Come base dell'indagine io pongo l'elenco delle costituzioni dioleziane di cui conosciamo *con sicurezza* la derivazione dal Gregoriano o dall'Ermogeniano ¹⁾.

285. [Gr. XIX?, tit. *de accusationibus*] Coll. 3. 4. pp. non. dèc. Diocletiano A. III. et Aristobulo coss.

286. Greg. Wis. III. 6. *de rei vindicatione* 4. pp. 13 K. Mai. Maximo et Aquilino coss.

ibid. III. 7 *si sub alterius nomine res empti erit*, 2. pp. 4 id. Mai. Max. II et Aq. coss.

[Gr. III] Cons. 2. 7 pp. 5 Kal. Iul. Maximo II et Aquila coss

[Gr. XIII] Vat. 285 ... Maximo et Aquilino coss.

287. Greg. Wis. III. 6 *de rei vindic.* 5 pp. 8 Kal. Mart. Diocletiano III et Maximiano coss.

[Gr. tit. *de nuptiis* c. 32] Coll. 6. 6. 1. pp. 5 id. Iun. Diocl. III et Max. AA. coss.

Greg. Wis. X. 13 *quibus res iudicata non noceat*, 2. pp. K. Sept. Diocl. III et Max. coss.

antichi codici, come anche il Teodosiano, vengono - sia pure dubitativamente - assegnati allo stesso Giustiniano! (l. 1. § 4: οὗτος ὁ Ἰουστινιανὸς καὶ τοὺς τρεῖς ἐξέσωτο κώδικας, τὸν τε Γρηγοριανόν, τὸν Ἑρμογενιανόν, καὶ τὸν Θεοδοσιανόν. καὶ τοὺς τοιοῦτους κώδικας τοῖς νόμοις τοῖς διὰ Θαλελαίου καὶ Ἀνατολίου καὶ Ἰσιδώρου συνάψας, ἕτερον δωδεκάδελτον (ταῦτόν δ' εἶπεῖν δωδεκάβιβλον) καὶ αὐτὸς ἀπεπλήρωσε. Τινὲς δὲ τοὺς λεχθέντας κώδικας εἶναι μὲν φασὶ πρὸ τοῦ Ἰουστινιανοῦ, πλὴν ἄλλὰ καὶ συγκεχυμένους καὶ διεσπαρμένους· παρ' αὐτοῦ δὲ ἐπισυναχθῆναι καὶ τεθεῆναι εἰς τὸ δωδεκάδελτον). Esatte notizie sui tre codici sa invece dare Teofilo, integrando con cenni storici, nella Parafrasi, il § 2 della Cost. *Imperatoriam*.

¹⁾ La tabella è eseguita collo spoglio diretto delle fonti, non essendo completa (trascura, p. es., la *Collatio* e il *Greg. Wis.*) quella di KRÜGER in *Collectio* 3. 307: dalla quale viceversa vanno qui eliminate le constit. inserite nei fr. Vaticani senza indicazione di provenienza.

290. [Gr. III] Cons. 2. 6 (= C. I. 3. 38. 3) pp. 17 K. Iul. ipsis IIII et III AA. coss.¹⁾.
 [Gr. II] Cons. 1. 9 pp. 8 id. Sept. Diocl. V et Maxim. III coss.²⁾.
 [Gr. XIII] Vat. 286 (= C. I. 8. 54. 3) pp. 11 Kal. Oct. Augg. IV et III coss.
 [Gr. IV tit. *ad l. Corneliam de sicariis*] Coll. 1. 10. 1 (= C. I. 9. 16. 4) d. pr. K. Dec. Diocl. A. IV. et Max. coss.
- 291? [Herm.? tit. *de nuptiis*] Coll. 6. 5. 1 pp. id. Mart. [Tiberiano et] Dione coss.?
293. [Herm. tit. *ubi agi debeat*] Cons. 6. 15. pp. 7 id. Ian. AA. coss.
 [Herm. tit. *de pact. et trans.*] Cons. 6. 19 (= C. I. 6. 30. 7) pp. 10 Kal. Mart. iisdem AA. coss.
 [Herm. tit. *de don. int. vir. et ux.*] Cons. 6. 10 (= C. I. 8. 53. 11) d. pr. K. Mai. Heraclea ipsis AA. coss.
 [Herm. tit. *ad exhib.*] Cons. 6. 14 (= C. I. 4. 20. 7) pp. K. Mai. AA. [et CC.] coss.
 [Herm. tit. *de pact. et trans.*] Cons. 4. 9 (iunge C. I. 7. 16. 24) pp. 4 K. Iun. iisdem coss.
 [Herm. tit. *depositi*] Coll. 10. 3. 1. s. 8 K. Iul. Serdica Augustis coss.
 Herm. Wis. 2 (*ex delictis defunctorum* etc.) 1. s. 7 K. Oct. Sirmio AA. coss.
 [Greg.?] Cons. 9. 9 pp. 3 non. Octob. ipsis AA. coss.
 [Herm. tit. *de calumniator.*] Cons. 6. 13. pp. 11 K. Nov. AA. coss.
 [Herm. tit. *de pact. et trans.*] Cons. 4. 11. pp. 18 K. Ian. ipsis AA. coss.
 [Herm. tit. *de pigneribus*] L. Rom. Burg. 14. 3 (= C. I. 8. 24. 2) s. 5 K. Ian. AA. coss.
 [Herm. tit. *de pact. et trans.*] Cons. 4. 10. pp. id. ... AA. coss.
 [Herm. tit. *de instrum.*] Cons. 6. 16 (iunge C. I. 3. 19. 1) pp. DD. Diocl. V A. et Max. A. coss.

¹⁾ Il consolato è riferito dal C. Giust.: in Cons. *cit.* è erroneo: v. KRÜGER, *Coll.* 3, p. 205.

²⁾ La data - dovendosi il consolato emendare - può essere o il 290 o il 293: per la prima si pronuncia MOMMSEN, *Ueber die Zeitfolge der Verordnungen Diokletians*, in *Abh. d. k. Preuss. Akad.* 1860, 369 sg. = *Jur. Schr.* 2. 195 ad h. l.: il presente studio conferma pienamente l'attribuzione.

294. [Herm. tit. *depositi*] Coll. 10. 4. 1. s. 6 K. Apr. Sirmi Caes. coss.
 [Herm. tit. *de success.*] Cons. 6. 18 (iunge C. I. 3. 31. 8; 6. 59. 4; 7. 16. 27) pp. 3 K. Apr. Sirmio CC. coss.
 [Greg.] Cons. 9. 18 pp. 8 id. Apr. Caes. coss.
 Herm. Wis. 1 (*de cauta et non numerata pecunia*) 1: s. 7 id. Apr. Sirmio Caesaribus coss.
 [Herm. tit. *de donationibus*] Vat. 270. s. 5 K. Mai. Sirmi Caes. coss.
 [Herm. tit. *depositi*] Coll. 10. 5. 1. s. 14 K. Nov. Appiaria.
 [Greg.] Cons. 9. 19. pp. 14 K. Nov. Caes. coss.
 [Herm. tit. *de testamentis*] Cons. 6. 17. pp. 7 K. Nov. Marcianopoli CC. coss.
 [Herm. tit. *de calumn. et plus petendo*] Cons. 5. 6. pp. 4 id. Dec. Nicomedia Constantio et Maximo coss.
 [Herm. tit. *depositi*] Coll. 10. 6. 1 (= C. I. 4. 34. 10) s. prid. id. Dec. Nicomedia CC. coss.
 [Herm. tit. *de don. inter vir. et ux.*] Cons. 6. 11. d. 8 K. Ian. Caes. coss.
 [Herm. *eod. tit.*] Cons. 6. 12 d. sub die 8 K. Ian. Nicomedia Caes. coss.
 [Herm. tit. *de iure fisci*] (KRÜGER. Coll. 3. 244) s. 10 K. Mart. Sirmio.
295. [Herm. tit. *de calumn. et plus pet.*] Cons. 5. 7. pp. Mediolano 12 K. Apr. Tusco et Aquilino coss.¹⁾
 [Greg. V tit. *de nuptiis*] Coll. 6. 4. 1 (§ 4-5 = C. I. 5. 4. 17) d. K. Mai. Damasco Tusco et Anullino coss.
- 296 (o 302) [Greg. VII tit. *de maleficis et Manichaeis*] Coll. 15. 3. 1. D. pr. K. Apr. Alexandriae.
 (Senza data) [Herm. tit. *de pigneribus*] (L. Rom. Burg. 14. 1 sg.) const. ad Viventium Herennium Antigonum.
 [Herm. *eod. tit.*] (*ibid.*) const. ad Septimum data.

Riassumendo, e prescindendo dalle due di data incerta, si avrebbe:

¹⁾ Recte « Anullino ».

a. 285 dal Gregoriano cost. 1; dall'Ermogeniano cost. —				
» 286	»	4	»	—
» 287	»	3	»	—
» 290	»	4	»	—
» 291	»	—	»	1
» 293	»	1	»	12
» 294	»	2	»	11
» 295	»	1	»	1
» 296 (o 302)	»	1	»	—

Alcuni rilievi si presentano subito come ovvii: il C. Gregoriano dà nel complesso un contingente più modesto di costituzioni diocleziane, le quali, sebbene disperse, si può dire, un po' per anno, sono meno infrequenti nel periodo anteriore al 291: d'altra parte non troviamo nessuna costituzione «*ex Hermogeniano*» prima del 291¹⁾, e di questo una sola, e, come vedremo, assai dubbia: invece sono quasi tutte «*ex Hermogeniano*» le costituzioni del 293-294. E ancora: questi due anni, rappresentati in questo elenco da 26 costituzioni, danno un contingente assai maggiore che non tutti gli altri presi insieme. Questa condizione di cose si rispecchia con un singolare parallelismo nelle costituzioni diocleziane inserite nel codice di Giustiniano: basta uno sguardo alle tabelle cronologiche nell'edizione del Krüger per rilevare come gli anni 293-294 siano, di fronte agli altri, rappresentati da una massa di costituzioni straordinariamente abbondante: mentre invece è caratteristica, nel codice, la estrema scarsità delle costituzioni degli anni che immediatamente precedono o seguono quel biennio²⁾.

Questi rilievi a cui la perfetta corrispondenza tra il materiale giustiniano e quello autonomo dà un grande valore, devono costituire una base per l'indagine sulla cronologia dei due codici.

¹⁾ Non so come RUDORFF attribuisca (RRG. 1. p. 276) al C. Ermogeniano la cost. di Antonino in *Greg. Wis.* XIV. 1. Contro il tentativo di ZACHARIAE di trovare nell'Ermogeniano la fonte della l. 9 (8) C. 2. 3 v. ALIBRANDI, *Sopra alcuni frammenti greci di annotazioni ai libri di Ulpiano ad Sabinum*, *Opp.* 1. 426.

²⁾ Anno 291, constit. 15; 292: 4; 295: 5; 296-298 nessuna; 299: 7; 300: 3; 301: 2; 303: 3; 304: 2.



3. Per ciò che riguarda la data di pubblicazione del C. Ermogeniano, due opinioni si contendono il campo. Il Mommsen ha ritenuto che la pubblicazione del codice vada collocata nel periodo 314-323, dando rilievo al fatto - da lui messo in luce - che all'Ermogeniano e non al Teodosiano vogliono essere riferite alcune costituzioni che troviamo nel C. Giustiniano e che conservano il nome di Licinio ¹⁾. Di fronte a quest'opinione, autorevolmente condivisa da insigni autori ²⁾, venne sostenuto dal Kipp ³⁾ e dallo Jörs ⁴⁾ che la pubblicazione risale a poco dopo il 294: tesi a cui fa autorevole adesione, senza per altro entrare a fondo nella questione, lo Schanz ⁵⁾. Queste due opinioni antitetiche - abbandonata la vecchia tendenza di far discendere la data fino al 365 ⁶⁾ - implicano una diversa valutazione della notizia data da Sedullio, e su cui dovrò tornare, di tre edizioni del c. Ermogeniano: mentre pel Krüger ⁷⁾, ad esempio, la prima edizione sarebbe del 314-323 e alle due posteriori - fra le quali sarebbe poi difficile far distinzione - si riferirebbero i rescritti del 364-365 conservati in *Cons.* 9. l sg., per lo Jörs dovrebbero riferirsi alla seconda edizione i rescritti del 295-305 e alla terza quelli del 312-313, lasciando

¹⁾ Cfr. *Hermes* XVII. 532 = *Ges. Schr.* 6. 312. Però in *ZSSt.* 10 (1889) 360 = *Ges. Schr.* 2. 360, egli dichiara che almeno nella prima elaborazione il C. Erm. risale a Diocleziano: mentre nella prefazione al C. Teodosiano (p. XXIX) riafferma che fu pubblicato sotto Costantino, e arriva al 314. Cf. anche *ZSSt.* 1900. 177 = *Ges. Schr.* 2. 394

²⁾ KRÜGER, *Gesch. der Quellen*,² p. 321; GIRARD,⁵ p. 74; BONFANTE, *Storia*,² p. 804; COSTA (*St. delle fonti*, p. 114) ritiene che il C. Erm. abbracci costituzioni posteriori al 295, ma non credo che con quell'espressione intenda escludere le cost. anteriori; PACCHIONI (*Corso*, l. 443) non decide tra le varie opinioni. Nel senso dell'opinione dominante (prima metà del IV secolo) da ultimo PETERS, *Die oström. Digestenkomm.* etc., p. 104.

³⁾ *Geschichte der Quellen*,³ p. 88, ripudiando l'antecedente adesione (*KVJ.* 1890. 28) all'opinione del MOMMSEN.

⁴⁾ In PAULY-WISSOWA, s. v. *Codex Hermogenianus*, 4. 166 sg.

⁵⁾ *Röm. Literaturgeschichte*,² 3, p. 225.

⁶⁾ In questo senso HUSCHKE, *ZRG.* VI. 291; RUDORFF, *RRG.* I. 276; PADELLETTI-COGLIOLO, p. 627; BENDER, *Lett. Latina*, p. 170 tr. it. LANDUCCI (*St. delle fonti*, p. 250) attribuisce genericamente all'Ermogeniano le costit. da Diocleziano a Valentiniano II.

⁷⁾ *Op. cit.*, p. 321: già JACOBSON (*Op. cit.*, p. 16) assegnava entrambi i codici, Gregoriano ed Ermogeniano, al 312 o poco dopo.

fuori questione le aggiunte più tarde; laddove il Kipp sembra propendere a ritenere che appartenga alla seconda edizione il gruppo 312-313 e alla terza quello 364-365.

Lasciando ora da parte il problema delle aggiunte e delle tre edizioni, io ritengo essere più vicina al vero l'opinione del Kipp e dello Jörs. La dimostrazione da essi fornita non fu certo definitiva, come le critiche del Krüger hanno mostrato, ma credo che una più accurata disamina dei dati che possediamo permetterà di raggiungere risultati più sicuri e più precisi.

Anzitutto la tabella delle costituzioni dioclezianee ci mostra che dal C. Ermogeniano deriva una sola, e dubbia, del 291, ben ventitre del 293-294, una del 295 e nessuna degli anni posteriori. Di costituzioni di Costantino, la derivazione dell'Ermogeniano non è direttamente attestata per nessuna, giacchè l'attribuzione ad esso delle costituzioni col nome di Licinio A. è semplicemente ipotetica (sicuro è, soltanto, che non derivano dal Teodosiano): per trovare materiali che dall'Ermogeniano derivino sicuramente bisogna arrivare alle dette costituzioni del 364-365, del cui carattere avventizio nessuno ora dubita, sia per la forte differenza di tempo che per la provenienza occidentale.

Di più, ho rilevato la straordinaria abbondanza, nel codice Giustiniano, di costituzioni Dioclezianee degli anni 293-294, le quali da sole costituiscono una massa di gran lunga superiore a tutte le altre di questi imperatori prese insieme¹⁾, e quella che, in più limitate proporzioni, ma in modo perfettamente parallelo, mette in luce, per il C. Ermogeniano, la tabella surriferita: ciò basta già a far pensare che per questo biennio i compilatori giustinianeî abbiano attinto a una fonte speciale, e precisamente al codice Ermogeniano.

Un elemento che lo Jörs ha il merito d'aver illustrato è che le costituzioni di questo anno sogliono essere datate coll'indicazione abbreviata:

AA. cons. (293) in luogo di *Diocl. V et Max. IV AA. cons.*,

CC. cons. (294) in luogo di *Constantio et Galerio CC. cons.*

¹⁾ Inesatto KRÜGER, p. 318: nessuno degli anni antecedenti, anche all'epoca, pur così largamente rappresentata, di Alessandro Severo, può gareggiare con quei due per abbondanza di materiali: basti rilevare che, su circa 2600 rescritti contenuti nel C. Giustiniano, quasi un migliaio appartiene a questi due anni.

Già il Mommsen aveva rilevato, nel suo classico studio sulle costituzioni Dioclezianee, che quest'indicazione è caratteristica di questi anni 1): lo Jörs ha fatto notare come questo metodo di datazione può essere stato adottato soltanto in una raccolta che a quei due anni sia immediatamente successiva. Non solo, ma - aggiungo - la raccolta deve riferirsi *esclusivamente* a quei due anni.

La designazione abbreviata, e vorrei dire antonomastica, AA. e CC. cons., riuscirebbe infatti equivoca qualora nella stessa collezione fossero contenute costituzioni di anni in cui gli Augusti o i Caesares coprirono ugualmente il consolato: se dalla sigla CC. cons. il 294 potrebbe ritenersi sufficientemente identificato perchè 2) è il primo anno in cui i Caesares, Costanzo e Galerio, sono colleghi nel consolato, la sigla AA. cons. è assolutamente inidonea a individuare il 293, giacchè si adatta egualmente bene ad altri anni, e particolarmente al 287, in cui Massimiano è per la prima volta console col collega. Le due sigle si spiegano invece ove si tratti di indicare nel modo più sommario l'appartenenza all'uno o all'altro di due anni preventivamente determinati, in quanto la raccolta non ne abbraccia altri.

Cercò il Krüger 3) di togliere valore al rilievo dello Jörs coll'osservare che questa designazione è bensì prevalente ma non esclusiva nel C. Giustiniano, e che anzi nelle cost. di questi anni conservate fuori del codice non è più frequente della designazione completa. Ma l'obbiezione cade di fronte a due considerazioni. Anzitutto il fatto che nel C. Giustiniano quel modo di datazione non figuri come esclusivo non prova contro l'ipotesi dello Jörs, giacchè lo Jörs non pensa d'escludere che talune costituzioni di quei due anni possano derivare dal C. Gregoriano - anzi, come vedremo, la diversità del modo di data può essere un criterio per questa attribuzione - nè d'altra parte può escludersi che la data sia stata in qualche testo alterata o nei mss. dell'Ermogeniano o durante il lavoro di compilazione o nella tradizione posteriore dei mss. che, per il codice, e in particolare quanto agli elementi formali delle costituzioni (*inscriptiones* e *subscriptioes*), fu tutt'altro che fortunata. Del resto, le cost. del 293-294 che nel codice portano la data coi consolati per intero sono scar-

1) *Ueber die Zeitfolge* ecc. in *Ges. Schr.* 2. 278.

2) MOMMSEN, cit., p. 285: cfr. già HUSCHKE, l. cit. p. 285.

3) *Op. cit.*, p. 321, n. 22.

sissime. Quanto poi al rilievo che la data AA., CC. cons., nelle costituzioni direttamente conservate, non sia più frequente di quella completa, si tratta di un rilievo inesatto se, com' è pur necessario, fermiamo l'attenzione sulle sole costituzioni di cui sappiamo positivamente da qual fonte derivino, in quanto esse solo danno un elemento di controllo. Ora precisamente l'elenco di tali costituzioni mostra che due sole delle ventitre costituzioni del biennio tolte dall'Ermogeniano hanno la data consolare completa¹⁾.

Il Krüger obietta ancora essere estremamente inverosimile una così stretta coincidenza cronologica del C. Gregoriano col C. Ermogeniano che ne è un' integrazione. L'obiezione ha un certo valore di fronte all'opinione dominante che pone la data del C. Gregoriano al 295: svanisce se si ammette, come io credo di poter dimostrare, che questo codice fu pubblicato fin dai primi mesi del 291.

Tolte di mezzo queste obiezioni, resta, come dato di fatto sicuro, che la totalità delle costituzioni sicuramente « *ex Hermogeniano* » è del 293-294, prescindendo dall' unica del 291, su cui tornerò, e da quella del 295, su cui pure dovrò tornare, ma che, di data occidentale, deve per ciò solo ritenersi un'aggiunta seriore, come lo sono quelle assai più tarde di Valentiniano e Valente.

Un altro rilievo è necessario di fare sulle costituzioni di questo biennio. Esse si presentano, sia negli elenchi delle costituzioni direttamente conservate, sia, e più, nel codice giustiniano, come una massa compatta, nettamente separata, per la straordinaria copia di materiale, dalle scarsissime costituzioni degli anni che immediatamente le precedono o le seguono. E dentro quel biennio, le costituzioni si seguono con una continuità cronologica regolarissima: dal 1° gennaio 293 al 30 dicembre 294 ci si svolge davanti, quasi giorno per

¹⁾ Non è privo d'interesse rilevare come nei fr. Vaticani, mentre hanno la sigla CC. cons., le costituzioni del 294 (n. 43 = C. 3. 33. 11; 44 [ex Herm.]), quelle del 293 hanno la indicazione completa « *Augg. V et IIII cons.* » (n. 42, 293. 312, 325-326 [nei quali peraltro l'iscrizione non corrisponde alla data]). E ciò perchè l'indicazione completa era necessaria per evitare equivoci, laddove non fu necessaria ai compilatori della *Collatio* e della *Consultatio*, i quali indicano costantemente la sede da cui la costituzione fu attinta, a differenza dei fr. Vaticani, nei quali tale indicazione non figura che nel titolo *de donattonibus*, e di seconda mano. Ciò a prescindere dalla derivazione o meno di queste costituzioni dai due codici: si noti come la costituzione in Vat. 266 a era desunta da Ulpiano (Vat. 266): in questo caso quindi la citazione del Gregoriano indica la corrispondenza ma non la fonte.

giorno, tutta l'attività della cancelleria imperiale: una siffatta abbondanza e regolarità non la troviamo per nessun altro anno, neppure nei regni di Alessandro Severo, o di Valentiniano e Teodosio, o degli altri la cui legislazione è più largamente rappresentata nel codice: neppure con Giustiniano medesimo. Ciò può dipendere solo in modesta parte da una particolare abbondanza di produzione legislativa in quel biennio, ma ciò non basta a spiegare il contrasto stridente colla scarsità delle leggi del 291-292, del 295 e seg. e, in proporzione, anche del 285-290, nei quali non c'è ragione di supporre che la cancelleria imperiale sia rimasta davvero inoperosa. Se un'attività legislativa in senso proprio può bene procedere a sbalzi, ciò non può avvenire per un'attività che è sostanzialmente giudiziaria, qual'è quella che si esplica nell'emanazione dei rescritti¹⁾. Tal fenomeno non può dipendere se non dal modo con cui Ermogeniano raccolse il suo materiale, e dallo scopo che egli si propose colla sua collezione.

È noto che le costituzioni imperiali venivano regolarmente trascritte nei commentari della cancelleria, e che, a quanto pare, ogni anno tali raccolte ufficiali costituivano un *codex* autonomo²⁾: l'au-

¹⁾ Non si pensi che nel 293-294 la maggior copia di materiale dipenda dall'essersi col nuovo regime raddoppiata (o quadruplicata se si ammette la facoltà di dar rescritti anche ai *Caesares*) la produzione: basta infatti osservare che, quantunque le costituzioni portino normalmente l'iscrizione completa (*Imp. Diocl. Max. A. A. et CC.*), tutte quelle conservate nel C. Giustiniano sono emanate dal solo Diocleziano, salvo rare e assai dubbie eccezioni. Se poi Diocleziano avesse la facoltà di emanare rescritti anche su domanda di persone appartenenti alle *partes occidentis* o quanto meno alle provincie rette dal *collega minor* Galerio, è problema discusso fra gli storici (cfr., p. es., COSTA G. in DE RUGGIERO, *Diz. pigr.* 2. 1821) e che non intendo approfondire. Gioverebbe, per risolverlo, uno studio, che è ancora da fare, sui destinatari delle costituzioni imperiali in quanto il nome renda possibile identificarne con qualche probabilità la patria. Osservo, per ora, come la straordinaria frequenza di *Aurelii*, attestata dalla *inscriptions* della seconda parte del IV libro - uniche complete (cfr. KRÜGER, *Cod. ed. maior* pref. p. XV) - bastano di per sé a far comprendere come gran parte di quei rescritti siano effettivamente diretti ad orientali, per lo più, forse, a egiziani.

È superfluo insistere sulla vecchia congettura dell'HUSCHKE (*ZRG.* VI, 298) che scopo del C. Ermogeniano fosse di assicurare l'unità di diritto nell'impero dopo l'instaurazione della tetrarchia diocleziana: il codice è sorto in oriente e con materiali orientali: solo più tardi ebbe delle aggiunte in occidente, anzi, parrebbe, soltanto qui.

²⁾ Cfr. KRÜGER, p. 119, n. 127. Cfr. nel decreto di Gordiano ad Scaptoparenos «*ex libro libellorum rescriptorum a domino nostro imp. etc.*»: cfr. pure BRESSLAU in *ZSSt.* VI (1885), p. 243; HIRSCHFELD, *Die Kais. Verwaltungsbeamten* etc. p. 325.

tore dell'Ermogeniano – che sicuramente dovette attingere il suo materiale dall'archivio imperiale ¹⁾ – si servì precisamente dei due *codices* di quei due anni: ciò solo spiega, in modo assai semplice, come entro quel periodo il materiale copiosissimo appaia regolarmente distribuito, in tutti i mesi e quasi in tutti i giorni, e come invece subito prima e subito dopo risaltino impressionanti lacune.

E ciò spiega anche la regolarità con cui Ermogeniano poté compiere il suo lavoro, non tanto di fronte alla recente pubblicazione del C. Gregoriano – giacchè questo, vedremo, è del 291 – quanto di fronte al fatto che, pubblicato all'inizio del 295, il codice è in grado di tener conto con tanta abbondanza dei rescritti emanati fino agli ultimi del dicembre 294. Convien credere che i commentari fossero tenuti in regola coll'inserzione delle costituzioni via via che venivano emanate, sicchè agli inizi dell'anno fosse completo il *codex* dell'anno precedente: il compito di Ermogeniano si è ridotto in sostanza a ordinare secondo rubriche desunte, o talora riassunte ²⁾, dal Gregoriano, le costituzioni di quel biennio: il numero enorme di costituzioni del biennio conservate da Giustiniano e il fatto che moltissime ne furono da lui eliminate ³⁾ m'induce all'ipotesi che il compilatore abbia inserito nel codice tutto quanto il materiale che i registi gli fornivano: così, risparmiando ogni lavoro di cernita, e trovando nel Gregoriano un modello quanto alla distribuzione delle materie, la compilazione poté ben essere compiuta con tanta celerità ⁴⁾.

Perchè poi Ermogeniano non abbia pensato a raccogliere anche le costituzioni del 291-292 è problema che lascia l'adito a svariate

¹⁾ Altrimenti (KRÜGER, p. 318, n. 12) non avrebbe potuto il compilatore trovare una così gran massa di rescritti diretti a privati. V. ivi la confutazione della contraria opinione avanzata, con riferimento, per altro, al Gregoriano, da MOMMSEN in *ZSSR.* XXII (1901) 139 sg. Per l'Ermogeniano poi, il rilievo del KRÜGER acquista maggior valore tenuto conto della rapidità con cui quel codice dovette essere compilato.

²⁾ Cfr. per questo punto il c. 2.^o

³⁾ V. pure più oltre al c. 2.^o

⁴⁾ Anche questo rilievo conferma la mia convinzione che l'autore non abbia deliberatamente alterato le costituzioni da lui pubblicate: cosa che a me sembra assolutamente da escludere già per il fatto che si tratta di una compilazione privata di costituzioni imperiali, e di freschissima data: cfr. le osservazioni sulle interpolazioni pregiustiniane in *Filangieri* 1913, 668 e già il rilievo fatto in *Dolus ex contractu* ecc., p. 26, n. 2 dell'estr. contro l'itp. di *Coll. X. 5* affermata da ALBERTARIO (in *BIDR.* XXV, p. 28 sg.: v. ora, pure in senso contrario, PAC-

ipotesi: sia che, come in parte potrà constatarsi in seguito, le edizioni del Gregoriano fossero state, per quanto incompletamente, aggiornate con materiale di quel periodo sì da far sentire meno vivo il bisogno di una raccolta complementare: sia che per quel biennio l'autore non avesse opportunità di disporre di un materiale ufficiale.

L'elenco che ho posto in principio di questo studio assegna dubitativamente all'Ermogeniano una costituzione del 291 (Coll. 6.5.1), che rappresenterebbe in certo modo un elemento perturbatore. Ma in realtà essa non intacca la tesi da me sostenuta, e assai verosimilmente va del tutto eliminata. Quella costituzione, a quanto attestano le edizioni della *Collatio*, rappresenta una geminazione di fronte al Gregoriano;

Coll. 6. 6. 1: *Hanc quoque constitutionem Gregorianus titulo de nuptiis inseruit quae est trigesima et secunda, aliis tamen*

CHIONI in *R. D. Comm.* 19.3. 2. 423). Il fatto che Teodosio II solo alla 2ª commissione compilatrice diè facoltà di alterare, depone pure contro l'ammissibilità di larghe interpr. nei due codici anteriori. Sospetto di alterazione può sorgere per *Herm. Wis.* 2. 1 dov'è affermata la responsabilità degli eredi «*ex delictis defunctorum*» con espressioni molto simili a quelle della l. 1. c. 4. 17, pure «*ex Hermogeniano*» ma diversa per destinatario e per data, e che a me pure (l. cit., p. 25, n. 1) parve interpolata. L'ALBERTARIO (*Nota sulle az. penali*, in questo *Bull.* p. 40 e seg. estr.) pensa ad una comune interpolazione risalente, se non ad Ermogeniano, ad elaborazioni pregiustiniane, delle quali anche i Visigoti possano essersi valse. Ma pensare all'edizione in cui furono inseriti i rescritti di Valentiniano non mi par possibile, giacchè essa fu a Giustiniano ignota. Di più la costituzione dell'Ermogeniano Visigoto non offre elementi formali di sospetto e, se alterata, lo sarebbe in misura ben più radicale di quanto possa ammettersi come opera di compilatori o elaboratori privati. Può sembrare alquanto forzata la spiegazione che di questa costituzione diede il DE FRANCISCI (*Az. penali*, p. 37) al quale è sfuggita la costituzione del codice: ma forse in suo favore potrebbe, a mio avviso, addursi l'alterazione che i giustinianeî hanno fatto subire alla rubrica. Il C. Ermog. aveva «*ex delictis defunctorum quemadmodum conveniantur successores*», ossia «come», «con quale azione» possano convenirsi gli eredi, contro cui non può esperirsi l'azione penale: il C. Giustiniano ha «*ex del. def. in quantum her. conv.*», ossia «in qual misura» (cioè, *in id quod pervenit*) possa esperirsi contro l'erede quella stessa azione che *in solidum* poteva esperirsi contro il defunto: il rilievo dell'A. l. cit., p. 40, n. 1, mi pare decisivo per la l. del Codice, ma non per quella dell'Ermog. Ciò ammesso, la l. 1. C. 4. 17 dove il regime giustiniano è formulato in modo esplicito, e con aggiunte anche formalmente rilevabili, potrebbe per avventura rappresentare una specie di *contaminatio*, ossia essere stata interpolata con elementi tratti dall'altra costituzione che nell'Ermogeniano immediatamente la precedeva; la coincidenza formale del (*ne ditentur*) (*l'ius-est*) non impressiona, essendo in Diocleziano comunissimo anche non come chiusa) riuscirebbe spiegata. Ma forse è preferibile un'opinione più prudente, che riconosca già spuntato con Diocleziano quel regime che trionfa nella legislazione giustiniana.

et die [et cons.], idest: constitutio prop. V. id Iun. Diocletiano ter et Maximiano Augustis.

Quest'attestazione, che manca in due dei tre mss. della *Collatio*¹⁾ sembra dovuta²⁾ non all'autore di essa ma ad un antico annotatore che, avendo trovato nel Gregoriano la costituzione qui assegnata all'Ermogeniano, avverte del singolare fenomeno. Potrebbe pensarsi o che le due costituzioni siano veramente una sola, duplicata nei due codici per erronea indicazione di data, o che, realmente diverse non solo per la data ma per il destinatario (diversità, questa, per avventura sfuggita all'annotatore) avessero lo stesso contenuto sostanziale, espresso con parole identiche o quasi. Del resto la data di Coll. 6. 5. 1 non è sicura: l'integrazione « *Tiberiano et Dione coss.* » è, dallo Schulting in poi, usuale, ma il ms. Berlinese ha « *Diogene* », e a quest'indicazione si attiene il Mommsen³⁾. Comunque, a torto l'Heimbach⁴⁾ credette di poter generalizzare negando che l'Ermogeniano contenga un materiale diverso dal Gregoriano: l'attestazione della *Collatio* prova anzi che questa geminazione, apparente o reale che fosse, era una eccezione.

La anomalia di questa unica cost. del 291 « *ex Hermogeniano* » autorizza anche il sospetto più radicale che si tratti di un errore nel ms. della *Collatio*. Espongo le ragioni che mi fanno ritenere probabile tale supposizione. Dei tre codici, l'assegnazione di Coll. 6. 5. 1 all'Ermogeniano e il conseguente rilievo dell'esistenza di una costituzione identica nel Gregoriano, si trova unicamente nel Berlinese: negli altri due manca affatto il c. 6. 6. 1 e alla cost. del 291 è preposta unicamente la rubrica « *de nuptiis* » nel Vercellese, e nessuna in quello di Vienna. La mancata indicazione della provenienza non fa di per sé impressione, essendo tale lacuna, in quei due codici, assai frequente⁵⁾: ma l'assenza di tutto il c. 6. 6. 1 non può riferirsi a sem-

¹⁾ Cfr. KRÜGER, *Coll.* 3. 160.

²⁾ V. già HUSCHKE, loc. cit., p. 286.

³⁾ *Zettfolge*, ad h. l.

⁴⁾ Loc. cit., p. 58.

⁵⁾ Nel C. Vercellese - che potei collazionare per cortesia del rev.^{mo} conservatore di quell'archivio capitolare, a cui rendo qui vive grazie - la citazione del Gregoriano si è conservata soltanto nei capitoli 9 (= Coll. 1. 8. 1); 10 (1. 9. 1); 11 (1. 10. 1); 51 (6. 4. 1). Il più grossolano errore di intestazione è nel cap. 13, dove dalle parole « *Inter Claudium, optime imperator, et Evaristum* »... di

plice omissioni dei due copisti, che di siffatte omissioni non si sono resi colpevoli, e deriva quindi dall'archetipo comune. Nel quale in tanto essa poteva, e doveva, mancare in quanto la cost. 6. 5. 1 era designata come derivante dalla stessa fonte da cui deriva la precedente, ossia appunto dal Gregoriano. E viceversa si capisce come la falsa attribuzione all'Ermogeniano abbia determinato il copista dell'archetipo da cui deriva il Berlinese ¹⁾ ad avvertire che questa costituzione c'era « *anche* » nel Gregoriano.

Quanto al 295, che alcune costituzioni, almeno dei primi mesi, abbian trovato posto nell'edizione originaria dell'Ermogeniano non potrebbe escludersi assolutamente, ma certo una siffatta inserzione avrebbe alterato il carattere organico della raccolta: quanto alla costituzione in *Cons.* 5. 7, essa non riesce affatto in favore di tale possibilità perchè la sua data occidentale (*Mediolani*) prova trattarsi d'un'aggiunta seriore ²⁾.

Aggiunte sono, senza dubbio, le costituzioni del 314 e quelle del 364-365.

L'attestazione formale di derivazione « *ex Hermogeniano* » che c'è per queste ultime (*Cons.* 9. 1 sg.) manca, a dir vero, in modo assoluto per le prime ³⁾ e se la conservazione del nome e della qualifica imperiale di Licinio giustifica l'asserzione, dal Mommsen in poi pacifica, che esse non derivino dal Teodosiano, per considerarle come aggiunte all'Ermogeniano piuttosto che al Gregoriano non può invocarsi, in realtà, se non il riflesso molto generale che l'Ermogeniano è il codice più recente e di cui sono attestate aggiunte più recenti: riflesso il quale

Coll. 1. 11. 2, si è foggiate una rubrica « *Imp. Evaristus!* » Che il V[ercellese] e il W[indobonense] derivino da un comune archetipo par sicuro: il 2° è spesso assai più corrotto del 1°; tale è appunto il caso per Coll. 6. 5. 1, dove il manoscritto di Vienna ribocca d'errori. Ma d'altra parte (cfr. KRÜGER, *Coll.* 3. 123) anche il manoscritto berlinese è tutt'altro che esente da pecche.

¹⁾ La menzione del Gregoriano (*Coll.* 6. 6. 1) è un'aggiunta posteriore: ma non è certo una novità del manoscritto Berlinese, giacchè nel IX secolo era da tempo perduta ogni notizia diretta dell'uno e dell'altro degli antichi codici.

²⁾ Cfr. KRÜGER, *Geschichte*,² p. 322.

³⁾ Si tratta delle l. 3 C. 6. 1; 41 C. 7. 16; 8 C. 3. 1; 3 C. 7. 22: la medesima derivazione si suppone (MOMMSEN, *C. Theod. praef.* p. CIX e CXI) per Vat. 34. 274, in quanto diretti a privati. Nella l. 2 C. 5. 40 il nome di Licinio rappresenta invece una erronea aggiunta dei compilatori: cfr. KRÜGER, *ad h. l.*; MOMMSEN, *Inscript von Hissarlich*, in *Hermes* XVII (1882) 532, n. 1.

perde non poco del suo valore di fronte alla verosimiglianza che, come si vedrà, derivino piuttosto dal Gregoriano le costituzioni del 295-304.

Questo nucleo di costituzioni del 314 acquisterebbe un'importanza assai maggiore se fosse possibile aggiungervi, come s'è da qualche scrittore tentato, un gruppo di altre costituzioni costantiniane che figurano nel C. Giustiniano e che, si dice, non possono provenire dal Teodosiano. Il carattere troppo spesso frammentario del C. Teodosiano quale ci è pervenuto ha impedito che si pensasse ad attribuire senz'altro all'Ermogeniano le costituzioni postdioclezianee che non trovano in quel codice il loro corrispondente: per qualche costituzione, anzi, l'Huschke ha felicemente ribattuto l'inesatta affermazione messa avanti, in questo senso, dall'Hugo¹⁾. Ma l'Huschke stesso crede²⁾ di poter rivendicare all'Ermogeniano le seguenti costituzioni:

10 C. 7. 32 ad Maternum;

2 C. 8, 52 (53) ad Proculum;

7 C. 5. 17 ad Dalmatium,

in quanto si tratterebbe di rescritti processuali diretti a privati: un tipo di costituzioni che dal C. Teodosiano sono notoriamente escluse. Ma in realtà che si tratti di rescritti non è affatto vero: il Seek, a cui è dovuto lo studio più completo, per quanto non sempre persuasivo, delle costituzioni di Costantino³⁾, ha rilevato che il Proculus destinatario della seconda delle citate costituzioni era *proconsul Africae*⁴⁾, e che il Dalmatius destinatario della terza è secondo ogni verosimiglianza il fratello di Costantino, in quell'anno (324 secondo Seek) investito di una carica, a noi ignota⁵⁾. Mancano notizie specifiche sul destinatario della prima costituzione (Maternus), ma il tenore di essa non implica per nulla che dovesse esser diretta a un privato⁶⁾.

¹⁾ HUGO, *Rechtsgesch.*, p. 1018, riferisce al C. Herm. le l. 20 e 23 C. 5. 37 che invece (HUSCHKE, loc. cit., p. 310) corrispondono alle l. 1 e 6 C. Th. 3. 19 [nella ediz. MOMMSEN, 1 e 5 Th. 3. 30].

²⁾ Loc. cit., p. 311.

³⁾ in *ZSSR.* X (1889), p. 1 sg.

⁴⁾ Ibid., p. 222: MOMMSEN, *C. Th. proleg.*, p. CCXIII.

⁵⁾ Ibid., p. 231, e in PAULY-WISSOWA, 4. 2455 s. v. Dalmatius.

⁶⁾ La pessima conservazione delle *inscriptiones*, come delle *subscriptiones*, ha fatto sì che in molti casi non sia rimasto del destinatario altro che il nome, sparita la menzione della carica, che per lo più il Seek riesce a restituire con altri elementi: cfr., p. es., 2 C. 11. 62 ad Dracontium [*magistrum rei privatae*

Comunque, pur dovendo lasciare *sub iudice* il problema della derivazione, dal Gregoriano o dall'Ermogeniano, delle costituzioni che conservano il nome di Licinio, certo è che bisogna intendere in modo alquanto diverso dal consueto la nota attestazione di Sedullio relativa alle « tre edizioni » del codice Ermogeniano ¹).

Infatti se tra il 314 e il 323 cadesse veramente una « 2^a edizione » essa avrebbe dovuto rappresentare un « aggiornamento », per così dire, del codice dal 295 a quel periodo: alla quale ipotesi osta anzitutto il rilievo che del periodo 295-314 scarsissime sono le costituzioni conservate, e di queste non una sola che all'Ermogeniano sia sicuramente riferibile; e di più il fatto che se nel C. Ermogeniano, in una 2^a edizione, fossero state accolte le costituzioni del primo periodo del regno di Costantino, Teodosio II avrebbe dovuto esprimersi assai diversamente nelle costituzioni introduttive del suo codice. Egli infatti dichiara a più riprese che il suo codice vuole essere la continuazione dei due precedenti, e che deve abbracciare le costituzioni di Costantino e dei suoi successori:

(Th. l. 1. 5 pr.). *Ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis cunctas colligi constitutiones decernimus quas Constantinus inclitus et post eum divi principes nosque tulimus...*

(l. 1. 6 pr.). *Omnes edictales generalesque constitutiones...²) quas divus Constantinus posterioresque principes et nos tulimus,*

il che implica che il corpo dei due codici precedenti si arrestava col termine del regno di Diocleziano. E le stesse parole di Giustiniano

Africae; 14 C. 10. 32 ad Euagrium [*p. p.*]; 1 C. 12. 32 ad Paternum Valerianum [*agentem vicariam praefecturam*] ecc. Quanto alla derivazione dall'Ermogeniano di taluni rescritti di Costantino contenuti nei fr. Vaticani, ammessa da HUSCHKE (loc. cit., p. 291) e da MOMMSEN, cit., rimane dubbia, anche per l'incertezza sulle fonti a cui ha attinto il compilatore dei frammenti.

¹) *Praef. ad Pasch. Opus: ... cognoscant Hermogenianum doctissimum iuris latorem tres editiones sui operis confecisse.* Che però s'alluda al C. Ermogeniano e non all'epitome del giurista omonimo mi par certo: l'epitome era certo assai meno nota del codice, e la qualifica di *iuris lator* non osta al riferimento a una collezione di *leges*, trattandosi di un attributo personale dell'autore ed essendo d'altra parte noto che nella legge romano-visigota l'Ermogeniano, col Gregoriano, figura fra gli *iura*, non fra le *leges*.

²) Cf. la cost. di promulgazione (§ 3): *compendiosam divalium constitutionum scientiam ex divi Constantini temporibus.*

nelle cost. *Haec quae necessario* pr. 1) e *Summa* § 1 2) fanno supporre la consecuzione cronologica dei tre codici precedenti; la quale, dimostrata nei rispetti dei due primi, deve pure ammettersi tra il secondo ed il terzo.

Questa considerazione non esclude che, alcune singole costituzioni di Costantino - fra cui appunto le quattro di Cost. e Licinio - possano essere state inserite nell'Ermogeniano come aggiunte sporadiche, essa esclude semplicemente che in una seconda edizione il codice fosse stato «aggiornato» fino a quell'epoca.

Lo stesso carattere di aggiunta isolata deve pure riconoscersi al gruppo di costituzioni del 364-365 in *Cons.* 9. 1-7, giacchè troppo ampia è la lacuna tra questo gruppo e le precedenti 3).

Che le tre diverse redazioni dell'Ermogeniano - l'originale e le due con aggiunte - si sian potute scambiare da Sedullio con tre edizioni curate dello stesso autore (giacchè questo è indiscutibilmente il pensiero di Sedullio), non deve far meraviglia ove si pensi che lo scrittore difficilmente poteva aver esatte notizie dell'autore orientale, mentre, viceversa, facilmente poteva conoscere l'opera e le elaborazioni che precisamente in occidente essa aveva subito.



4. Per determinare la data di pubblicazione del codice Gregoriano in modo più preciso e alquanto diverso da quello comunemente accettato 4) soccorrono vari criteri, parecchi dei quali sono stati

1) *...multitudine... constitutionum quae tribus codicibus Gregoriano et Hermogeniano atque Theodosiano continebantur, illarum etiam quae post eosdem codices...*

2) *...tam trium veterum Gregoriani et Hermogeniani atque Theodosiani codicum constitutiones quam plurimas alias post eosdem codices...*

3) Certa è l'origine occidentale di questo gruppo di costituzioni: dubbia invece, mancando la data di luogo, per le costituzioni di Costantino e Licinio. Ma solo ove anch'esse e le altre contemporanee che si fossero inserite in una seconda edizione dell'Ermogeniano, potessero considerarsi come aggiunte occidentali, potrebbe riuscire comprensibile che Teodosio II mostri d'ignorarne l'esistenza. Anche Giustiniano nella cost. *Cordi* (§ 3) pare che ignori le 3 edizioni dell'Ermogeniano, giacchè quello sarebbe stato l'esempio tipico da citare.

4) Si può dire opinione pacifica che il C. Gregoriano sia stato pubblicato nel 294 o 295 (KRÜGER, 2 p. 318; MOMMSEN, *C. Th. praef.*, p. XIII; ZSSK. X (1889) 245 = *Jur. Schr.* II. 359; HUSCHKE, in *ZRG.* VI. 287; KIPP, 3 p. 87; GIRARD, 4 p. 74; BON-

fino ad ora o completamente trascurati o non sufficientemente sfruttati.

Che il Gregoriano preceda cronologicamente l'Ermogeniano è pacifico: ciò risulta sia dall'ordine costante con cui i due codici vengono citati e utilizzati, p. es., nel *Breviarium*, sia dal carattere di integrazione che - anche formalmente, colla semplice divisione in titoli - il c. Ermogeniano presenta, sia infine dal materiale che ce ne è conservato, che abbraccia per il Gregoriano costituzioni predioclezianee e prevalentemente dei primi anni di Diocleziano, per l'Ermogeniano costituzioni esclusivamente dioclezianee, e con prevalenza di anni più tardi.

Ma si deve anche ammettere che a prescindere da aggiunte posteriori, le due raccolte non coincidono su nessun anno; che cioè la seconda comincia a raccogliere materiali dopo il periodo utilizzato dalla prima¹⁾. Il periodo prediocleziano è fuori questione: per Diocleziano la tabella posta più sopra mostra come il compilatore del Gregoriano ha utilizzato costituzioni dal 285 al 290, del qual periodo nulla ci è conservato che provenga dall'Ermogeniano: questo rilievo non sarebbe di per sé decisivo, dato il carattere sporadico, e la scarsità degli elementi su cui la tabella è formata: ma un altro elemento soccorre per negare l'appartenenza all'Ermogeniano delle costituzioni del 287 e 290, escludendone così *a fortiori* le costituzioni di anni anteriori.

S'è visto come la designazione normale degli anni 293 e 294 nelle costituzioni dell'Ermogeniano è *AA. cons.* (293); *CC. cons.* (294); s'è visto anche come con ragione lo Jörs abbia argomentato da queste indicazioni abbreviate che il codice dovette esser composto in quegli anni o ben poco dopo e si è anche dimostrato come la designazione direi quasi antonomastica dell'anno 293²⁾ (*AA. cons.*) in tanto è

FANTE,² p. 517; PACCHIONI, I, 443; COSTA, p. 114, pur non dichiarando espressamente: il dubbio, se mai, è se possa essere posteriore: sempre sotto Diocleziano come risulta dalla qualifica «*domini nostri*» in *Coll.* I. 10: cfr. KARLOWA, p. 941; SCHANZ, op. cit.,² 3, p. 224.

¹⁾ *Contra*, dovendo conciliare la sua ipotesi sulla data dell'Ermogeniano con quella dominante sulla data del C. Gregoriano, KIPP,³ p. 88, n. 14: il C. Ermogeniano sarebbe non posteriore ma parallelo al Gregoriano.

²⁾ Non interessa il 294, sufficientemente individuato dell'essere il consolato affidato per la prima volta ai Caesares, cioè C. Flavius Valerius Constantius e

concepibile in quanto la raccolta ove figura non abbracci altre costituzioni emanate in anni portanti la stessa eponimia, giacchè diversamente sarebbe inevitabile il pericolo di confusioni. Distinguere, nel corpo di un' unica collezione, costituzioni del 287, del 290 e del 293, come, per gli anni posteriori, del 299, 303, 304, sarebbe stato possibile solo apponendo al nome dei consoli, che è costante, il rispettivo ordinale:

Diocletiano III et Maximiano AA. conss. (a. 287).

Diocletiano IV et Max. III AA. conss. (o ipsis IV et III conss.)
(a. 290).

Diocletiano V et Max. IIII AA. conss. (o ipsis V et IIII conss.)
(a. 293).

Dioclet. VII et Maxim. VI AA. conss. (a. 299).

Dioclet. VIII et Maxim. VII AA. conss. (a. 303).

Dioclet. IX et Maxim. VIII AA. (304):

a questo spediente avrebbe dovuto ricorrere il C. Ermogeniano se avesse contenuto costituzioni di tutti questi anni e non solo di quello che per lui era l'ultimo: allo stesso modo che, come si vedrà, si dovette dare di regola l'indicazione completa in quelle costituzioni del 293 che sembrano essere state inserite, come aggiunte, al Gregoriano. Questo rilievo conferma quindi, per via autonoma, la conclusione a cui già ci guida lo spoglio delle fonti, che cioè le costituzioni fino a tutto il 290 devono derivare esclusivamente dal Gregoriano.

Il dubbio rimane per i due anni successivi (291-292) dei quali il materiale conservato è così scarso che difficilmente sembra offrire l'adito a valutazioni complessive. Ma anche qui non mancano elementi di notevole valore.

La tabella delle cost. di provenienza sicura sembrerebbe dare un argomento in favore della derivazione dall'Ermogeniano: ma a quel

Galerius Valerius Maximianus (cfr. LIEBENAM, *Fasti consulares*, p. 32, che, in nota, ritiene col MOMMSEN generale ai libri giuridici la designazione abbreviata di questi due anni, la quale è invece, per il primo, esclusiva all'Ermogeniano). Perchè tutte le cost. del 293 portino nell'*inscriptio* e nella *subscriptio* l'indicazione dei *Caesares*, mentre questi non furono assunti al potere che al 1° marzo, è un problema che gli storici non hanno ancora del tutto approfondito: forse (cfr. COSTA G. in *Diz. eptqr.* di DE RUGGIERO, 2, 1805) già prima Costanzo e Galerio erano stati posti in una posizione privilegiata.

caso unico anomalo e più che sospetto non si può certo dar peso. Di più, è certo che la scarsità così impressionant: delle costituzioni di questo biennio utilizzate da Giustiniano non dipende da una antipatia dei compilatori per le costituzioni di quegli anni, nè da scarsità di produzione, come già si è osservato, ma da una analoga condizione del materiale nei due codici antichi: ora è più agevole pensare che, alla fine del suo lavoro, Gregorio abbia potuto raccogliere ed inserire solo poche delle costituzioni recentissime, piuttosto che Ermogeniano, il quale mirava a completare il codice precedente, e del biennio 293-294 dava una raccolta così completa ed omogenea, si occupasse anche del biennio precedente, accontentandosi di una messe tanto modesta. Ermogeniano si propone, come si è visto, di integrare il C. Gregoriano colla collezione dei rescritti del 293-294: si può capire che vi abbia aggiunto qualche costituzione del 295 prima di licenziare al pubblico la sua compilazione, ma è assai meno probabile che abbia creduto opportuno farvi precedere un magro florilegio di costituzioni anteriori.

La derivazione delle costit. 291-292 dal C. Gregoriano può però provarsi almeno per una buona parte di esse, anche con argomenti diretti: essi permettono di sceverare quella pure scarsa serie in due masse, a cui si deve, secondo me, assegnare una origine sotto un certo aspetto diversa, ma che riconduce, come fonte comune unica, al C. Gregoriano.

Riporto dal Krüger, la serie delle costituzioni di quegli anni:

- | | |
|---|-----------------------------|
| a. 291. 5. 16. 5 pp. 4 K. Febr. | 6. 56. 1 pp. 10 K. Apr. |
| 8. 50. 6 pp. K. Febr. | 7. 43. 10 pp. 3 id. Mai. |
| 8. 50. 7 pp. 3 non Febr. | 9. 41. 12 pp. 3 id. Mai. |
| 4. 1. 16; 8. 50. 8 pp. 5 id. Febr. | 6. 35. 9 pp. sine die. |
| 5. 16. 13 pp. 6 id. Mart. | 8. 54. 4 d. K. Oct. |
| 5. 31. 8; 8. 48. 2; 9. 9. 24 pp. | 8. 47. 5 s. prid. non. Dec. |
| 5. id. Mart. | |
| a. 292. 7. 35. 4 pp. 4 K. Mart. <i>Crispino</i> . | |
| 1. 23. 3 d. pr. K. Apr. <i>Crispino praes. prov. Phoenice</i> . | |
| 9. 2. 11 d. 8 id. apr. <i>Have Crispine K. n.</i> | |
| 10. 10. 1 d. prid. id. Apr. <i>Scyrioni rationali</i> . | |

Nel gruppo del 291 due fatti si rilevano subito: una prima e più ampia serie abbraccia costituzioni dal gennaio al maggio: due sole, isolate, rappresentano l'ottobre e il dicembre: le prime sono, formalmente, caratterizzate nella *subscriptio* dalla sigla PP. (*proposita*) che è comune anche alla costituzione non datata: le due altre, e 3 delle 4 del 292, hanno invece la sigla d. (*data*) o s. (*scripta*). Su questa sigla PP. nelle costituzioni diocleziane occorre dire qualche parola, per poter utilizzare per la mia tesi alcuni rilievi fatti già dal Mommsen, e che non hanno, come tali, bisogno di ulteriore dimostrazione.

Il Mommsen ha rilevato¹⁾ che questa indicazione, nelle costituzioni diocleziane dirette a privati, non può avere, almeno normalmente, carattere ufficiale: essa può dipendere da particolarità nel modo di insinuazione di tali rescritti o, come il Mommsen stesso ritenne più verisimile, dall'adozione arbitraria di quella formula per parte di coloro che raccolsero le costituzioni da inserire nella raccolta.

Ora si noti che come questa sigla PP. è quasi costante nelle costituzioni diocleziane fino al maggio 291, poi diventa d'un tratto affatto eccezionale: nel 293-294, in ispecie, sono scarsissime le costituzioni portanti tale sigla: la quasi totalità porta la indicazione, perfettamente normale d(*ata*); s(*cripta*); s(*ub*)s(*cripta*). Si tratta quindi di due diversi metodi di sottoscrizione che, non potendo riferirsi alla redazione ufficiale della costituzione negli archivi, nè potendo d'altra parte assegnarsi a una duplicità di criteri dei commissari giustiniane, i quali anzi dovevano essere portati - e non ne mancano tracce, come vedremo - ad una regola uniforme, è da riferirsi alla diversità della collezione da cui i commissari stessi la attinsero.

E precisamente si può affermare con sicurezza che l'indicazione *pp.* era quella normale nelle costituzioni del codice Gregoriano: essa è infatti quasi costante nelle cost. prediocleziane sia del codice Giu-

¹⁾ Op. cit. p. 264, però anche *ZSSr.* XXII (1901) 142; cfr. KRÜGER, in testa all'*Index Constitutionum* nell'edizione del Codice e *Geschichte der Quellen*,² pagina 106, n. 47: se anche la *propositio* c'era stata, la data indicata nella *subscriptio* è quella dell'emissione, e quindi la sigla PP, in quanto premessa alla data, non corrisponde a realtà.

stiniano che conservate direttamente¹⁾: è normale – salvo due eccezioni²⁾ – nelle costituzioni di Diocleziano che derivano sicuramente dal Gregoriano, e in quelle del Codice fino al maggio 291³⁾. Questo elemento formale corrobora l'altro indizio cronologico che induce a fissare poco dopo il maggio 291 la pubblicazione del codice Gregoriano.

Meno decisivi sono gli elementi che soccorrono per l'attribuzione delle sei costituzioni dall'ottobre 291 all'aprile 292: se cioè, escluso che facciano parte della redazione originaria dell'uno e dell'altro codice, esse rappresentino delle aggiunte al primo ovvero al secondo. Il carattere d'aggiunte isolate risulta, per tre di queste costituzioni, dal fatto che sono dirette allo stesso funzionario, Crispino preside della provincia di Fenicia: il che getta anche luce nella assai probabile derivazione beritese delle aggiunte medesime⁴⁾. Il fatto che esse recano, salvo una, la sigla D. o S. nella *subscriptio* non è decisivo

¹⁾ Credo superfluo riferire esempi: basta scorrere le costituzioni predioclezianee inserite nel codice, nella *Collatio*, nella *Consultatio* e nei fr. Vaticani.

²⁾ Coll. I. 10. 1 (d. pr. k. dec. 290) e 15. 3. 1 (d. pr. k. apr. 296 o 302): quest'ultima è un'aggiunta posteriore.

³⁾ Le eccezioni che la regola subisce nel codice Giustiniano non possono impressionare se si pensa alle alterazioni a cui i mss. del codice andarono soggetti, specie quanto alle *subscriptiones* (cfr. KRÜGER, cit., p. 107, n. 47): particolarmente prezioso dovette essere, per questo lato, il ms. Egnaziano, di cui si valse Aloandro, e disgraziatamente perduto (cfr. KRÜGER, *Zur Kritik des Just. Codex*, p. 19 sg.; 61 sg.). Ma anche le eccezioni, non frequenti, del resto, trovano in buona parte di casi una spiegazione generale nel fatto che in parecchi titoli del codice le ultime costituzioni « *ex Gregoriano* » anticipano la sigla D. S. delle costituz. « *ex Hermogeniano* » immediatamente successive, come viceversa la sigla PP delle costituz. del Gregoriano si trova ripetuta spesso, per analogia meccanica, sotto le prime costituzioni dell'Ermogeniano che seguono. Il primo fenomeno, nelle costituzioni 285-291, si verifica dodici volte per la sigla D, due volte per la assai meno frequente sigla S.

⁴⁾ Della *subscriptio* alla l. 3 C. 1. 23, come di quelle della l. 9 C. 9. 41; 6 C. 7. 33; 20 C. 2. 12 (*Pr. Syriae*) già si è valso il MOMMSEN, *ZSSr.* XXII (1901) p. 141) per corroborare la sua dimostrazione dell'origine beritese del C. Gregoriano. Mi sia lecito rilevare almeno per le due ultime costit. citate (del 293 e del 294) che nessun elemento vi è che legittimi l'attribuzione al Gregoriano piuttosto che quella, che per tali anni deve ritenersi normale, all'Ermogeniano. Il M., d'altra parte, accanto alla l. 3 C. 1. 23 ha trascurato di citare le due altre costituzioni dello stesso anno 292 (C. 7. 35. 4; 9. 2. 11) il cui destinatario Crispino, quantunque manchi la indicazione della carica, è secondo ogni verisimiglianza la stessa persona. Per la latinità di Berito e dell'insegnamento ivi tenuto nel III secolo cfr. SCHEMML in *N. Jhb. für Kl. Altert.* XXIV 2. 446.

contro l'appartenenza al Gregoriano, giacchè in aggiunte posteriori, fatte volta per volta, sarebbe eccessivo pretendere una uniformità di criteri formali ¹⁾).

Quanto alle costituzioni dioclezianee posteriori al 294, qui pure può sorgere il dubbio sull'assegnazione all'uno o all'altro dei due codici: come aggiunte posteriori, beninteso, in quanto la materia normale del C. Ermogeniano non oltrepassa la fine del 294, e la sua prima pubblicazione dev'essere, come si vide, posteriore di ben poco a quella data.

Dalle *subscriptiones*, nelle quali si alternano omai senza criterio costante le sigle PP. e D., non si ricava un elemento decisivo: peraltro questa promiscuità appare, da un punto di vista generale, meno inverosimile se si tratta di aggiunte al Gregoriano, giacchè la sigla PP. è tipica ad esso, e la sigla D. potrebbe rappresentare, analogamente al caso studiato dianzi, una influenza, nei mss. del c. giustiniano, della sigla delle costituzioni del 293-294 ²⁾, laddove più difficilmente potrebbe spiegarsi il fenomeno inverso; ma questo rilievo non ha valore assoluto, giacchè anche in aggiunte all'Ermogeniano potrebbe per avventura essersi sporadicamente adottato un criterio diverso dal consueto: cosa che, per un caso almeno, è positivamente attestata ³⁾).

Delle costituzioni di fonte sicura - secondo la solita tabella - in questo periodo due derivano dal Gregoriano e una dall'Ermogeniano: sicchè anche da questa parte un risultato positivo non è raggiungibile.

Per questo periodo 295 sg. si presenta, del resto, non irragione-

¹⁾ Io, del resto, non voglio escludere che quest'ultimo gruppo di costituzioni sia stato aggiunto al C. Gregoriano anche prima di renderlo di pubblica ragione: si tratterebbe, comunque, sempre di un materiale avventizio, distinto da quello su cui si esercitò il lavoro normale di compilazione. A quest'ipotesi potrebbe indurre la constatazione che queste costituzioni tarde figurano tutte nel C. Giustiniano in libri molto avanzati (7. 35. 4; 8. 47. 5; 8. 54. 4; 9. 2. 11: per la l. 3 C. l. 23 rimetto a quanto dirò sulla struttura del libro I) che, come si vedrà, corrispondono ai libri più avanzati (9 e sg.) del Gregoriano: forse solo in questi ebbe il compilatore del Gregoriano il tempo di inserire *alcune* costituzioni recentissime.

²⁾ Su ventidue costituzioni - secondo l'elenco del KRÜGER - del periodo 295-304, la sigla PP. appare sette volte: la sigla D può rappresentare la ripetizione inconscia della sigla di costituzioni precedenti in otto casi: per alcune di queste costituzioni la cui data fu emendata dal MOMMSEN, è certo (p. es., C. 4. 50. 7) che compilatori lessero una data diversa.

³⁾ *Cons.* 5. 7.

vole l'ipotesi che costituzioni singole possano essere state aggiunte ora al Gregoriano, ora all'Ermogeniano: queste due collezioni, diffuse largamente tra i pratici e gli insegnanti di diritto, si prestavano per loro natura ad accogliere aggiunte di costituzioni che sembrassero, volta per volta, particolarmente interessanti: e che aggiunte vi siano effettivamente state è, del resto, notorio, giacchè è pacifico tale carattere per la costituzione del 296 (a. 302) nel Gregoriano¹⁾ e per quelle del 364-5 nell'Ermogeniano²⁾. Che anzi, la dimostrazione che la pubblicazione del Gregoriano non è posteriore alla metà circa del 291, mette in chiaro il carattere di aggiunte di tutte le costituzioni posteriori ad esso riferibili.

Che rescritti del 295, e posteriori, siano stati aggiunti in appendice al Gregoriano piuttosto che solo all'Ermogeniano, che pure contiene i rescritti del biennio immediatamente precedente³⁾, non deve far meraviglia. L'idea anzi appare ben naturale se si pon mente a diverse considerazioni.

Anzitutto il C. Gregoriano rappresenta la compilazione più importante e, di fronte all'Ermogeniano, non solo più vasta ma più organicamente elaborata. Solo esso, infatti, offre la completa sistemazione in libri e titoli, con rubriche molto specializzate, che rendono facile la determinazione della sede più opportuna in cui inserire le nuove costituzioni che si vogliono trascrivere in appendice⁴⁾. Il C. Ermogeniano all'incontro non solo manca della divisione in libri, ma presenta titoli molto comprensivi nei quali si accumulano le numerosissime costituzioni del 293-294: talora - se la citazione in Sch. Sin. § 5 non è fallace - ben 120 in un titolo unico.

Di più, che proprio al C. Gregoriano siano state fatte delle appendici anche ben più tarde di quelle di cui ci occupiamo, risulta

¹⁾ KRÜGER,² p. 318, n. 11.

²⁾ Ibid., p. 320; BONFANTE, cit., p. 519.

³⁾ Per questa considerazione BONFANTE, *Storia*,² p. 519, propende a riferire all'Ermogeniano le costituzioni di quest'anno: in via, peraltro, di semplice ipotesi; lo afferma invece recisamente JÖRS, loc. cit., p. 165.

⁴⁾ Era anzi naturale che, a scopo di consultazione pratica o di studio, si cercasse di aggiornare - passi la parola - la compilazione di cui si faceva uso. Di Severo d'Antiochia sappiamo da Zacharias Scholastikos che, studente a Berito, raccolse tutte le cost. imperiali fino al suo tempo (cfr. su ciò da ultimo PETERS, loc. cit., p. 61): certo, studiando sulla fine del v secolo, egli poté limitarsi a raccogliere le costituz. posteriori all'ultima compilazione, ossia al Teodosiano.

esplicitamente da preziose notizie che gli scoli Sinaitici ci hanno conservato.

Sch. Sin. § 10. Σαβ. σημείωσαι τοῦτο καὶ μὴ συναπαγῆς ἀπὸ τῆς... διατάξεως τοῦ... μετὰ τὸν Gregorianon κώδικα.

Allude ad una costituzione, di cui il numero e l'autore è sgraziatamente perduto, che veniva dopo - come aggiunta - al C. Gregoriano.

E nel § 52, secondo la restituzione proposta dallo Zachariae¹⁾ dovrebbe rilevarsi un accenno a una costituzione di Teodosio II, che sarebbe la 126 in un'appendice del Gregoriano:

ἀνάγνωθι Θεοδοσιού μανδὰτα κατὰ τὴν ρχς' διατάξιν μετὰ τὸν Gregorianon κώδικα.

Se, dunque, come appendici al Gregoriano figuravano persino costituzioni di Teodosio II, sia aggiunte prima della pubblicazione del Teodosiano, sia anche dopo, in quanto si trattasse di costituzioni non accolte nel Teodosiano o ad esso posteriori, nulla di più naturale che vi figurassero costituzioni emanate nell'intervallo che va tra la pubblicazione del Gregoriano e il periodo utilizzato per il C Teodosiano, e più particolarmente di quel decennio che neppure l'Ermogeniano fece oggetto speciale di raccolta.

Tornando all'esame delle costituzioni del 295-304 non voglio passare sotto silenzio un rilievo che mi induce a propendere per la derivazione *ex Gregoriano* di queste costituzioni *post* 294, contrariamente all'opinione che prevale nella dottrina.

¹⁾ *BIDR.* 5, p. 2 sg.: sarebbe la l. 2 C. l. 50 (a. 427). Il KRÜGER, leggendo ἀνάγνωθι Θεοδοσιανόν ..., pensa a una c. 126 di un qualche titolo del C. Teodosiano. La scelta fra le due integrazioni è forse destinata a rimaner dubbia, giacché la recente collazione dei papiri sinaitici fatta, dal WINSTEDT, (*Class. Philology* 2 [1907] 201 sg.) non ha potuto gettar nuova luce su questo, come neppure sugli altri punti interessanti per la storia dei due codici. Se peraltro può parer strano che in una semplice appendice si arrivasse a un numero così elevato di costituzioni, noterò, in favore dello Zachariae, che l'*inscriptio* della l. 2 C. l. 50 - con cui lo Z. identifica questa citazione - non ha l'aria di derivare dal Teodosiano, ma sembra piuttosto una trascrizione autonoma, forse parziale, del testo (*Mandata imp. Theodosii et Valentiniiani AA. missa ad Antiochum pp. per referendarium, quae sic habent*:...). Si noti che anche questa costituzione è orientale (*Constantinopoli*) e diretta a un *p. p. orientis* (cf. MOMMSEN, *C. Th. Proleg.*, p. CLXXVII).

L'argomento si desume dalla data di luogo, che alcune costituzioni fortunatamente conservano. Le tre costituzioni di provenienza sicura sono così datate:

295 Cons. 5. 7 (Herm.) *Mediolano*.

Coll. 6. 4. 1 (Greg.) *Damasco*.

296 o 302 Coll. 15. 3. 1 (Greg.) *Alexandriae*.

Si ricordi che i due codici sono entrambi di origine orientale, e che nella compilazione giustiniana i rescritti di Diocleziano sono tutti orientali, salvo tre sole eccezioni, e fortemente sospette¹⁾: il fatto poi che il frammento dell'Ermogeniano in Cons. 5. 7 - e altri di provenienza meno sicura - sono di origine occidentale, fu già giustamente riferito²⁾ ad aggiunte a edizioni occidentali dell'Ermogeniano ignote ai compilatori bizantini: come precisamente di origine occidentale sono le note costituzioni di Valentiniano e Valente (Cons. 9. 1 sg.) che costituiscono per quel codice le più recenti delle addizioni conosciute.

Aggiunte di origine orientale risultano invece attestate esclusivamente pel C Gregoriano: ora precisamente città orientali figurano nelle date delle costituzioni del C. Giustiniano appartenenti al decennio di cui ora mi occupo:

Nicomediae: V. 72. 3; II. 30. 4; III. 28. 26;

Damasco: V. 4. 17;

Antiochiae: VIII. 53. 24; IX. 21. 1; III. 3. 3; VII. 22. 2; III. 28. 25;

Trimontii ³⁾: VI. 20. 14;

Dorostole ⁴⁾: V. 73. 4.

[*Dechioppe*?] ⁵⁾: III. 3. 4.

Questa coincidenza così completa dà a pensare che lo scarso materiale di quest'anno sia stato trovato dai Giustiniani piuttosto in aggiunte al Gregoriano che non all'Ermogeniano.

¹⁾ KRÜGER. p. 321, n. 24.

²⁾ Ibid., p. 322.

³⁾ Forse l'odierna Filippopoli (cfr. PLIN. *N. H.* 4. 11. 41; PTOL. 3. 11. 12): peraltro MOMMSEN (*Zeitfolge*, p. 288) crede corrotta la data, perchè la 1. 16 h. t. è del 294.

⁴⁾ Città nella Mesia, circa l'odierna Silistria.

⁵⁾ La *subscriptio* si emenda in *X kal. Dec. Ioppe* (in Siria): ma MOMMSEN (loc. cit., p. 290) avverte che la data (a. 303) dev'essere falsa, perchè ai 20 novembre di quell'anno Diocleziano fu a Roma.

E conferma questa congettura anche il fatto che mentre per nessuna costituzione del periodo è attestata la derivazione dal secondo di tali codici, la derivazione dal primo è sicura per una di esse:

C. V. 4. 17 = *Coll. v. 4. 4-5 (Greg. V, de nuptiis)*¹⁾

Per due delle tre costituzioni dell'anno 300²⁾ è poi da rilevare la datazione « CC. conss. », in luogo di « *Constantio III et Maximiano III CC. conss.* »: essa esclude in modo assoluto che derivino dal corpo originale dell'Ermogeniano, dove quella indicazione significa univocamente il 294, ma anche trattandosi d'aggiunte rende meno verosimile il riferimento a quel codice, giacchè in esso la possibilità dell'equivoco rimaneva sempre più grave.

Risultano così da vari indizi confermate le probabilità che le costituzioni 295-304 nel C. Giustiniano derivino dal Gregoriano: il che, indirettamente, giova a confermare anche l'ipotesi che l'altro gruppo di costituzioni dioclezianee *extravagantes* (ottobre 291 - aprile 292) abbia la medesima fonte.

Per sceverare completamente, nei limiti del possibile, la provenienza delle costituzioni dioclezianee del C. di Giustiniano, rimane aperto il problema per le costituzioni del 293-294 che possono derivare dal C. Gregoriano.

¹⁾ La derivazione dal Gregoriano spiega una singolarità formale di questa costituzione, su cui richiamo l'attenzione. Di regola, quando in un titolo figurano più cost. di uno stesso imperatore - qui, di Diocleziano - l'*inscriptio* completa si ha solo nella prima, e le successive vi si richiamano con *idem*, salvo poi a mutarne le qualifiche se del caso. Così in questo titolo C. V. 4: cost. 10: *Imp. Diocletianus et Maximianus* AA; c. 11-12 *Idem* AA. (a. 285); c. 13-16 *Idem* AA. et CC. (a. 293-294): la c. 17 ripete l'*inscriptio* completa. Non si può pensare ciò dipenda dall'aver i compilatori portato qui la costituzione da un'altra sede, in cui fosse per avventura fra le cost. dioclezianee la prima (e perciò coll'*inscriptio* intera), giacchè sappiamo (*Coll. cit.*) che anche nel Gregoriano essa si trovava nell'identico titolo « *de nuptiis* »: l'ipotesi più plausibile è che in quel titolo, dove altre costit. dioclezianee pur c'erano (*Coll. VI. 6. 1*; a. 287) questa rappresentasse un'aggiunta: carattere che contribuiscono a farle assegnare anche la data (295), e la inusitata ampiezza. Dall'*inscriptio* (« *nobilissimi Caesares* ») il KARLOWA. (*R. RG. 1. 942*) vuol trarre una conferma che nel 295 fu composto il Gregoriano: l'argomento - del cui valore, del resto, dubita KRÜGER (*Geschichte*² p. 317, n. 9) - depone, se mai, per la data in cui fu fatta l'aggiunta.

²⁾ C. IX. 21. 1; III. 3. 3 (data emendata dal MOMMSEN). Il carattere d'aggiunte risulta talora anche formalmente dall'*inscriptio* anormale (p. es., C. IX. 1. 17 [299] *pars sententiae*, ecc.).

Sebbene possa tenersi per certo che la quasi totalità di quella ingente massa di costituzioni derivi dall'Ermogeniano, non può escludersi che i compilatori bizantini si siano serviti anche di materiali derivati dall'altro codice. Il rilievo che questo codice conteneva aggiunte del 291-292 e del 295 sg., rende anzi *a priori* verisimile che qualche aggiunta vi potesse essere anche pel biennio intermedio: e veramente la tabella delle costituzioni di certa origine attesta in questi due anni, tre costituzioni «*ex Gregoriano* per quanto non immuni da dubbi¹⁾.

L'enorme numero delle costituzioni di questo periodo non deve peraltro alimentare il sospetto che tali aggiunte possano essere particolarmente numerose: giacchè quel biennio fu utilizzato da Ermogeniano in modo assai largo, e collo spoglio diretto delle collezioni ufficiali, sì da lasciar poco da spigolare a chi venisse dopo di lui, e pertanto l'opportunità di aggiunte al Gregoriano per questi due anni appare estremamente minore che non per il periodo precedente e seguente che, non avendo formato oggetto di spoglio per parte di alcune delle due compilazioni, naturalmente offrivano qualche materiale meritevole d'inserzione²⁾.

¹⁾ Cons. 9. 9 (293): la data è dubbia (KRÜGER, *Coll.* 3. 219f: nella *subscriptio* c'è l'indicazione *ipsis AA conss.*, che non è l'abbreviazione tipica pel 293, e può riferirsi anche al 290.

Cons. 9. 18-19 (294). I due frammenti furono assegnati da CUIACIO al C. Gregoriano solo nell'edizione del 1586; in quella del 1566 [2. 12^o sg.] all'Ermogeniano: Cuiacio infatti (*Paratitula ad Codicem praef.*: Opp. 2. 2) erroneamente supponeva che derivassero dal Gregoriano le costituz. fino a Valeriano e Gallieno, e dall'Ermogeniano le posteriori fino a Costantino, e quindi tutte le Dioclezianee (... *ut perperam Codici Gregoriano adseribantur quaedam Diocletiani et Maximiani cum fuerint omnes in codice Hermogeniano*): cfr. la confutazione in STRUVIUS, *Hist. tur. rom.* 1. 250. La mia indagine mostra come in quella erronea opinione vi fosse un piccolo fondo di vero. Quanto alla Costituzione in Cons. 9. 18-19 la perdita del ms. della *Consultatio* impedisce di riesaminare la questione. La conservazione dei due rescritti è particolarmente infelice: l'*inscriptio* ha «*Diocl. et Max. AA.*» che, di fronte alla *subscriptio* «*CC conss.*» si è dovuto integrare «*et CC.*». Si noti in Cons. 9. 17 l'assenza di qualunque designazione.

²⁾ Aggiunte copiose potrebbero suppersi solo se fatte in quegli stessi due anni, prima cioè della pubblicazione dell'Ermogeniano: ma da un lato la pubblicazione dell'Erm. le avrebbe rese superflue, e presto o tardi avrebbero forse finito a sparire, nella lunga tradizione manoscritta del codice Gregoriano; e dall'altro lato Ermogeniano avrebbe meno sentito la necessità e l'urgenza del suo codice integrativo se già si fosse provveduto con una certa larghezza a tener conto nel Greg. delle costituzioni nuove, via via che si pubblicavano.

Questo rilievo deve rendere, a mio avviso, particolarmente guardandogli nella valutazione dei criteri che potrebbero invocarsi per l'assegnazione delle costituzioni di questo periodo al primo codice piuttosto che al secondo.

Così, ad esempio, non credo di poter dare un peso decisivo al fatto che talune costituzioni portano anche in questi due anni la sigla PP., mentre la grande maggioranza è contrassegnata da D o da S: giacchè la prima sigla, per quanto usuale nel Gregoriano, non è del tutto estranea all'Ermogeniano¹⁾ e per di più può essere in parecchi casi influenzata dalla sigla analoga di costituzioni anteriori, come l'esame delle singole costituzioni permette di documentare²⁾. Questo fatto può tutt'al più concorrere a corroborare elementi di altra natura.

Maggior valore deve, a mio avviso, attribuirsi nel modo di designare l'anno nella *scriptio*.

Si è visto che la designazione AA. conss. (293) è esclusiva del C. Ermogeniano, giacchè il Gregoriano, che comprende costituzioni di altri anni aventi gli stessi consoli, doveva per necessità contraddistinguerli col numero del consolato rispettivo. Ora appunto nel C. Giustiniano talune costituz. del 293³⁾ portano questa indicazione completa: vedansi, p. es., c. 1. 18. 5; 1. 22. 1; 2. 4. 17; 2. 12. 17; 3. 28. 19. Si noti nella l. 5 c. 1. 18 la insolita *inscriptio* col nome per intero dei Caesares, e nella l. 17 c. 2. 4 la *scriptio* « PP. *ipsis* AA. V et III conss. », che contrasta colle precedenti e successive dello stesso titolo che hanno, giusta la consueta formula, « S. AA. conss. ». Lo stesso fenomeno si verifica per la l. 17 c. 2. 12, che è anzi l'unica di cui la *scriptio* completa sia portata da tutti i mss.⁴⁾

¹⁾ Cfr. Cons. 6. 15; 6. 19; 6. 14. 4. 9; 6. 13; 4. 10; 6. 16; 6. 18; 6. 17; 5. 6; 5. 7; non può peraltro escludersi che anche colla *Consultatio* talora la *scriptio* sia alterata.

²⁾ In costituzioni del 293 nel Codice la sigla PP. ricorre quarantadue volte: di queste, venticinque volte ripete la sigla di costituzioni precedenti, mentre per lo più le cost. seguenti adottano l'altra indicazione. Nè si può pensare che ciò dipenda dalla data di queste costituzioni, perchè sono dei mesi più svariati: il fenomeno dipende unicamente dalla collocazione che esse hanno nel titolo. Pel 294 il fatto si riscontra rispettivamente nove volte su ventiquattro.

³⁾ Nel 294 l'abbreviazione non era equivoca: trovo peraltro la coppia consolare indicata *in extenso* in C. 6. 22. 2.

⁴⁾ MOMMSEN, loc. cit., p. 277.

Quando, come spesso avviene, la data intera è conservata solo nella edizione aloandrina, può sempre rimanere il dubbio se essa risalga all'autorevolissimo manoscritto egnaziano o non piuttosto a integrazioni dell'editore. Comunque, il fatto che almeno in qualche caso il codice giustiniano ha, per costituzioni del 293, la sottoscrizione completa, deve mettere in guardia contro il pericolo di adottare rigidamente il metodo abbreviato nelle eventuali integrazioni¹⁾.

Un elemento non trascurabile può essere pure fornito dagli spostamenti nella serie cronologica. L'ordine in cui le costituzioni si succedono nell'interno di un titolo appare più volte alterato: spesso la deviazione non è che apparente, in quanto dipende da erronea conservazione delle date, ma non rare volte è reale in quanto le date sono sicure, e originaria, in quanto confermata dall'ordine corrispondente tenuto dalle fonti bizantine²⁾. Ora è singolare come a tali deviazioni il contributo di gran lunga più copioso è dato da costituzioni diocleziane, e del biennio 293-294. Vedansi, p. es., C. 2. 4. 33; 2. 18. 22; 2. 19. 6; 2. 20. 4; 3. 3. 2; 3. 31. 7; 4. 2. 7; 4. 9. 1; 4. 10. 13; 4. 13. 3; 4. 20. 6; 4. 26. 9-11; 4. 27. 14-15; 4. 35. 16-17; 4. 65. 19; 5. 12. 14; 5. 17. 4; 6. 30. 10; 6. 31. 3; 6. 42. 22; 6. 58. 6-7; 6. 59. 1; 6. 59. 5; 6. 59. 8; 7. 14. 4; 8. 44. 21; 10. 32. 12. In buona parte dei casi elementi esteriori - specialmente la data di luogo - hanno permesso al Mommsen di emendare le date, restituendo l'ordine normale: ma in alcuni casi almeno (p. es., 6. 31. 3) la data è esatta³⁾ e gli spostamenti, così numerosi in questo biennio, possono dipendere dal fatto che appunto questo biennio è l'unico periodo per cui i compilatori attingono il materiale, sebbene in ben diversa misura, a due fonti diverse⁴⁾ e nella fusione delle due masse l'esattezza cro-

¹⁾ P. es., in C. 4. 38. 4 la subscriptio «AA conss.» è integrata dagli editori, mentre il corrispondente fr. Vat. 293 ha l'indicazione completa. Ciò non toglie che, nel caso specifico, la derivazione dell'Ermogeniano sia verisimile, giacché ho già osservato come in quella collezione occidentale si segua nelle *subscriptiones* un metodo più esatto (cfr. anche MOMMSEN, loc. cit., p. 278).

²⁾ Per alcuni esempi di tali spostamenti, sicuramente imputabili ai giustiniani cfr. KRÜGER, *Cod. ed. mat. praef.* p. XXII.

³⁾ Si vede quindi come non sia lecito emendare le date esclusivamente per la preoccupazione di ripristinare la cronologia esatta.

⁴⁾ È dubbio, per conto mio, se alla derivazione dai due codici possa riferirsi qualche caso di geminazione, analogo a quello che, per le fonti antegustiniane, sarebbe attestato in *Cons.* VI, 5-6, se si presta fede al codice berlinese. Il con-

nologica può più facilmente scapitare. A questi singoli criteri formali che ho esposti non pretendo di attribuire un valore definitivo od esclusivo: determinare con precisione quali, delle costituzioni del biennio, derivino dal Gregoriano invece che dall' Ermogeniano, che è la fonte normale, è - allo stato attuale delle nostre cognizioni - impossibile, ed a me basta aver accennato ai limiti in cui il problema va posto e ad alcuni possibili criteri per avvicinarsi alla soluzione.

Riassumendo, io credo che l'esame delle fonti permetta di affermare, con quel grado di certezza che siffatte ricerche consentono, che:

a) tutte le costituzioni del Codice giustiniano fino al maggio 291 derivano dal Gregoriano, il quale fu pubblicato subito dopo quell'epoca;

b) le costituzioni del 293-294, salvo qualche eccezione sporadica e in qualche caso determinabile, derivano dall'Ermogeniano, che fu pubblicato al principio del 295, e, nella redazione originaria, abbracciò esclusivamente costituzioni di quel biennio;

c) le costituzioni ottobre 291 - aprile 292 e quelle 295-304 hanno carattere avventizio: assai probabilmente esse provengono da aggiunte orientali al codice Gregoriano.

II. — Rapporti tra il C. Giustiniano e i suoi modelli.

Sommario: 1. Le materie di diritto pubblico: rilievi sulla corrispondenza col C. Teodosiano e la provenienza dei materiali anteriori. - 2. Rapporti tra il C. Gregoriano e il Giustiniano per i libri di diritto privato: l'ordine delle materie nel Gregoriano. - 3. Ampiezza e misura di sfruttamento dei C. Gregoriano e Ermogeniano. - 4. L'ordine di spoglio dei codici: sdoppiamenti e *contaminationes*.

1. Sul modo di compilazione del Codice, e in particolare sui criteri seguiti nella distribuzione delle materie nei rapporti coi Codici

fronto, p. es., tra 3 C. 5. 42 (PP. a. 287) e 4 C. 2. 40 (S. a. 294) parrebbe deporre in favore della derivazione «*ex Gregoriano*» per la prima e «*ex Herm.*» per la seconda. La data reale è il 294 (cfr. 11 C. 4. 6) per quanto la *subscriptio* della prima fosse già alterata quando i compilatori la inserirono nel Codice (cfr. MOMMSEN, *Zeitfolge ad h. l.*, in *Ges. Schr.*, 2. 270); la prima costituz. è d'altra parte la più completa; forse un'aggiunta al Gregoriano di cui andò corrotta la data. Altre geminazioni riferibili al periodo 293-294 sono 38 C. 2. 4 e 3 C. 6. 31; 4 C. 2. 6 e 1 C. 6. 19; 6 C. 4. 16 e 7 C. 7. 72, ma gli elementi formali depongono per la derivazione dall'Ermogeniano. Di queste e delle altre geminazioni dovrò occuparmi in altra parte del lavoro.

anteriori non esistono ricerche monografiche ¹⁾, e i trattatisti della storia delle fonti si limitano a rilevare come nelle grandi linee il C. Giustiniano imiti il Teodosiano specialmente nelle materie di diritto pubblico ²⁾, mentre in quelle di diritto privato la prevalenza del materiale preteodosiano fa supporre che il C. Gregoriano abbia esercitato una maggiore influenza: ma ad istituire un parallelo più preciso, a studiare i criteri seguiti, non s'è pensato finora. Il confronto del C. Giustiniano sia col Teodosiano che, soprattutto, con quanto ci è dato conoscere dei due codici anteriori, mi ha fornito gli elementi per una serie di constatazioni che valgono ad illustrare sia la struttura dei codici antichi che il modo di formazione del codice di Giustiniano.

Io mi sono fatto scrupolo di distinguere con cura i risultati sicuri da quelli che non possono avanzarsi che come congetture, giacchè credo che nelle ricerche di carattere storico non siano mai soverchie le cautele per non eccedere nelle conclusioni al di là delle premesse: d'altra parte, i materiali raccolti ed illustrati sotto nuovi punti di vista rappresentano, a mio avviso, un contributo non trascurabile, anche in quanto lascino la possibilità di uno sfruttamento più vasto ³⁾.

La corrispondenza quasi completa nell'ordine delle materie di diritto pubblico tra il C. Giustiniano e il Teodosiano balza all'occhio da un semplice confronto dei due codici: è superfluo quindi che io vi insista, rinviando senz'altro alle tabelle pubblicate dal Mommsen nei

¹⁾ La dissertazione di AUG. HENR. OBERG (*De ordine quo constitutionum codex, quem in corpore iuris habemus, compositus sit*, etc., Göttingen, Deuerlich, 1831) che illustra le ragioni sostanziali dell'ordine sistematico delle materie, com'è resa affatto inservibile dalle moderne ricerche sulla struttura dell'editto, così non offre addentellati coll'indagine che io mi propongo.

²⁾ Cfr. KRÜGER, *Geschichte*, ecc., ² p. 388, che per i rapporti col Gregoriano rinvia all'infida tabella del MOMMSEN, di cui più oltre; COSTA, *Storia delle fonti*, p. 130; BONFANTE, *Storia*, ² p. 551, n. 2; PACCHIONI, l. 465, ove si richiama, come prototipo, per il diritto privato, l'editto: il quale è qui, peraltro, come per digesto, un modello di seconda mano. Inesattamente JORS in PAULY-WISSOWA, 4. 169, richiama come modello esclusivo il Teodosiano.

³⁾ Mi valgo, naturalmente, in questa indagine, dei risultati acquisiti nel capitolo precedente quanto alla derivazione delle costituzioni dal Gregoriano o dall'Ermogeniano. Il fatto che l'adozione di questi risultati non contrasta mai, anzi in più casi collima perfettamente con quanto risulta in modo autonomo dai nuovi rilievi, mi pare un indizio non trascurabile della bontà dei risultati medesimi.

prolegomeni al Teodosiano (p. XIII sg.) e, per questa parte, veramente preziose. Nelle linee generali la concordanza può stabilirsi schematicamente così:

C. J. libro I = C. Th. XVI + I.

» » IX = » IX.

» » X = » X, XI, XII.

» » XI = » XIII, XIV, XV.

» » XII = » VI, VII, VIII (prima parte).

Ma, esaminando un po' d'avvicino questa corrispondenza al cui rilievo s'arrestano finora gli scrittori¹⁾ io devo fare alcune constatazioni che saranno preziose per l'indagine da istituirsi in appresso sul C. Gregoriano.

Per il l. I C. J. le deviazioni dal C. Th. sono irrilevanti: e veramente la prima parte di esso, di diritto ecclesiastico (tit. 1-13) rispecchia nella quasi totalità il C. Th. XVI²⁾, salvo qualche alterazione di cui l'unica veramente grave ho già illustrato in altra occasione³⁾. Il materiale preteodosiano vi è rappresentato da un'unica costituzione di Caracalla (I. 9.1) estratta evidentemente da sede diversa, forse da un titolo in materia ereditaria. Nella seconda parte (tit. 14-57) il materiale antico è più largamente utilizzato, ma la base è sempre costituita dal Teodosiano⁴⁾. Dubbio può essere se le costituzioni anteriori che si trovano disseminate in quei titoli avessero anche negli antichi codici una sede corrispondente: se cioè, in particolare, il C. Gregoriano destinasse alcuni dei primi titoli a materie di diritto pubblico. Mancano elementi decisivi per risolvere il problema, ma ragioni di vario genere mi inducono a propendere per una risposta negativa. Che tutti i titoli del C. J. libro I che contengono materiali "*ex Gregoriano*" avessero corrispondenti nel libro I del Gregoriano è escluso dalla considerazione che al tit. *Greg.* 1. 10 [*de pactis*] corrisponde già il C. J. II, 3: i nove titoli precedenti erano appena sufficienti ad abbracciare le rubriche edittali anteriori al "*de pactis*", tanto più che nella divisione dei titoli il Gregoriano era, di

¹⁾ Cf. per tutti KRÜGER, loc. cit.

²⁾ Th. XVI. tit. 1 e 4 = C. J. I. 1; 2-3 = 2-3; 5-7 = 5-7; 8-9 = 9-11.

³⁾ *Note sulla tecnica dei compilatori del Codice*, in *Filangieri*, 1912, p. 543.

⁴⁾ Th. I, 1 = C. J. I. 14; 2 = 23; 3 = 15; 4 = 17; 5 = 26; 6-11 = 18-33; 12-15 = 35-38; 16 = 40; 18 = 43; 20-21 = 45-46; 22 = 48; 29 = 55; 34 = 51.

regola, particolarmente minuto. Si ricordi anche che in seguito alla trasformazione della procedura, e allo sparire della distinzione classica dei due periodi, *in iure* e *in iudicio*, il C. Giustiniano ha spostato, portandole al l. 3°, alcune rubriche che nell'Editto, e quindi anche nel Gregoriano, come ancora nel Teodosiano, precedevano la rubrica "*de pactis*". Per qualcuna delle costituzioni preteodosiane del C. J. libro I, 2ª parte, è poi agevole riscontrare che si tratta di estratti da costituzioni situate in altra sede¹⁾: per una²⁾ è attestato che nel Gregoriano si trovava in sede affatto diversa; un'altra - assai tarda - pare figurasse nel Gregoriano soltanto come appendice³⁾.

Nei *tres libri* (X-XII) il materiale preteodosiano è poco copioso. Ciò può in parte spiegarsi col rilievo che alle nuove condizioni del diritto pubblico difficilmente si confacevano norme emanate nel secondo o nel terzo secolo: ma in massima parte deriva indubbiamente dal fatto che queste materie avevano nel Gregoriano e nell'Ermogeniano una trattazione molto limitata. Però l'analisi della collocazione di questo materiale getta luce sul rapporto che passa tra quei due codici e il Teodosiano relativamente a tale materia.

Il l. XII C. J. è la quasi perfetta riproduzione, quanto all'ordine dei titoli, dei libri teodosiani

VI = C. J. XII. 1-32

VII = C. J. XII. 35-48

VIII *partim* = C. J. XII. 49-63⁴⁾.

Ora, costituzioni anteriori a Costantino figurano precisamente nei *primi titoli* di ciascuna delle due prime masse.

C. J. XII. 1 *de dignitatibus* [= Th. VI. 1] c. 1, Alexander;

XII. 35 *de re militari* [= Th. VII. 2] c. 1-3 Antoninus; 4 Alexander; 5-7 Gordianus; 8 Philippus.

¹⁾ Cfr. 1. 19. 17, 13, 1; 1. 18. 52, 3. 10; 1. 18. 33. 44. 8† Questo argomento, isolatamente preso, non è decisivo; già nel Gregoriano è probabile, come si vedrà più oltre, che qualche costituzione fosse smembrata sotto diverse sedi.

²⁾ C. 1. 18. 2 = *Gr. Wis.* 8. 1 § 3 [*de fam. hercisc. et comm. dividundo*]. Il titolo C. J. 1. 18, *de iuris et facti ignorantia*, che non ha corrispondenti neanche nel Teodosiano, è assai verosimilmente una creazione dei compilatori.

³⁾ I. 50. 2 = *Sch. Stn.* § 52: cfr. retro p. 32.

⁴⁾ Th. VI. 1 = C. J. XII. 1; 4 = 2; 5 = 8; 6-10 = 3-7; 11-14 = 9-12; 16-17 = 13-14; 21-35 = 15-28; 36-38 = 30-32. Th. VII. 1 = C. J. XII. 35; 4-6 = 37-39; 8-9 = 40-41; 12-13 = 42-

e vi figurano in questi soli, tranne titoli che, non avendo corrispondenze nel Teodosiano, stanno alla fine delle masse rispettive¹⁾.

Questa corrispondenza dello scarso materiale antico coi punti di partenza dei libri del Teodosiano non è casuale: essa non può dipendere che dal modo con cui i giustinianeî preparavano il materiale ovvero dalla originaria condizione del materiale medesimo.

Potrebbe suppersi che, dopo avere escerpito dai libri VI e VII del Teodosiano il materiale opportuno, i compilatori abbiano creduto bene di collocare in testa alle due masse le scarse costituzioni del C. Gregoriano che potevano interessare per questa materia, traendole dalle sedi originarie più diverse. Ma almeno le costituzioni classiche del tit. XII. 35 hanno tutte un riferimento specifico all'argomento indicato nella rubrica sì da essere ovvio supporre che anche nel Gregoriano stessero sotto la rubrica medesima "*de re militari*". La seconda ipotesi appare quindi assai più probabile: come in materia di diritto privato le rubriche del Teodosiano spesso imitano, riassumendole, quelle del Gregoriano, così viceversa è ben naturale che nel campo del diritto pubblico il Teodosiano avesse preso come punto di partenza gli scarsi spunti offerti dal Codice preesistente, integrandoli, giusta il bisogno, con una serie di titoli o addirittura con un libro nuovo: del che è un indice la priorità lasciata in ciascun libro alla rubrica che già esisteva nella compilazione più antica.

Anche nel l. X del C. Giustiniano contengono elementi preteodosiani tutti i tre titoli (1, 16, 32) a cui corrispondono gli inizi dei libri X, XI, XII del Teodosiano ai quali quel libro si è direttamente ispirato²⁾.

Un fenomeno diverso ma non meno interessante ci presenta il C. J. l. XI. Tre gruppi di titoli riproducono con regolarità titoli dei tre libri corrispondenti del Teodosiano:

43; 16 = 44; 18 = 45; 20 = 46; 22 = 47; 24 = 48. Th. VIII. 1 = C. J. XII. 49; 3 = 54; 4 = 57; 5-6 = 50-51; 7-8 = 59-60; 9-10 = 61; 11 = 63.

¹⁾ C. I. XII. 33; 36 (è in sostanza un'aggiunta al tit. 35); 62.

²⁾ Th. X. 1 = C. J. X. 1; 8-9 = 10; 10 = 11-12; 11 = 13; 14 = 14; 16-17 = 2-3; 18 = 15; 24 = 6. Th. XI. 1 = C. J. X. 16; 5-9 = 17-21; 10 = 24; 12 = 25; 14-15 = 26-27; 16 = 48; 20-21 = 28-29; 26 = 30. Th. XII. 1 = C. J. X. 32; 2 = 37; 3 = 34; 4 = 36; 5 = 43; 6-9 = 72-75; 12 = 65; 13-14 = 76-77; 17 = 52; 18 = 38.

C. J. XI. 1-6 ex. Th. XIII
 14-29 » » XIV
 41-47 » » XV ¹⁾.

A ciascuna di queste masse, rappresentanti in certo modo l'impalcatura del libro, e provenienti dallo spoglio ordinato dei libri Teodosiani, si aggiunge un'appendice, che ha la sua origine ora dal Teodosiano stesso, ma in sede diversa, ora dal Gregoriano:

tit. 7-13 ex Th. lib. X ²⁾
 30-40 ex Gregoriano ³⁾ "
 48 sg. ex Th. lib. V, VII, IX, XI, *passim*.

È facile distinguere l'elemento, dirò così "base", e le aggiunte, e il riferimento di queste aggiunte ai singoli nuclei dello spoglio originario.

Qui, naturalmente, nulla può risultare quanto ai rapporti originarii tra Gregoriano e Teodosiano; e poco illumina a questo riguardo anche il rilievo fatto sul l. X C. J., giacchè costituzioni pre-teodosiane vi figurano anche, sia sporadicamente che in gruppi, in altri titoli oltre quelli accennati. Invece, il rilievo fatto sul libro XII è tanto più interessante in quanto spiega una anomalia nella struttura del C. Teodosiano. In esso infatti i libri VI, VII, e la prima parte dell'VIII, rappresentano quasi un'intrusione del diritto pubblico in mezzo alla trattazione del diritto privato, la quale riprende,

¹⁾ Th. XIII. 1 = C. J. XI. 1; 5-9 = 2-6; 10-11 = 58. Th. XIV. 1-4 = C. J. XI. 14-17; 7 = 18; 9 = 19; 12-13 = 20-21; 15-18 = 23-26; 21 = 27; 26-27 = 28-29. Th. XV. 2 = C. J. XI. 43; 5, 7-8 = 41; 6 = 46; 9 = 42; 11-12 = 45 e 44; 15 = 47.

Avverto, per completare, che relativamente scarsi sono i titoli spostati, sempre in tema di diritto pubblico, dall'uno all'altro dei libri a cui dovrebbero normalmente corrispondere (Th. I. 32 = C. J. XI. 7-8; VI. 4 = l. 39?; VII. 7 = XI. 61; 11 = l. 47; VIII. 2 = X. 71; IX. 44 = l. 25; 45 = 12; X. 3-4 = XI. 71-72; 6 = 76; 19-22 = 7-10; 23 = 13; 25 = 75; 26 = 72; XI. 19 = XI. 65; 24 = 64; 25 = l. 42; XIII. 2 = X. 78; 3 = 53; 4 = 66; XV. 4 = l. 24). Più rari assai, e taluni dubbi, i titoli che da sedi di diritto privato furono dai giustinianeî trapiantati al diritto pubblico (Th. V. 12? = C. J. XI. 62; 13? = 66; 14? = 70; 15? = 59; 16? = 68; 17 = 64; 18 = 48).

²⁾ Il tit. 11 ha materiale teodosiano d'incerta provenienza: il 12 contiene una *cost.* unica post-teodosiana.

³⁾ L' unica costituz. ex *Theodosiano* in questo gruppo (XI. 33. 2 = Th. XII. 11. 2) è, per la sua provenienza, una *lex fugitiva*.

e finisce, colla 2ª parte del l. VIII stesso. Perchè Teodosio II non ha sentito l'opportunità, che sentirono poi invece i Giustinianeî, di dare a tutta la materia del diritto pubblico - salvo quella del libro I - una sede a sè? Precisamente perchè anche in questa materia Teodosio seguiva il modello del Gregoriano, salvo che, per la straordinaria mole del materiale postdiocleziano, quasi tre libri abbisognavano dove al Gregoriano erano bastati pochi titoli, occasionalmente insinuati tra le rubriche privatistiche del libro corrispondente.

Per il libro IX del C. Giustiniano¹⁾ il materiale gregoriano è, invece, notevolmente copioso, e neppure mancano, come vedremo, punti sicuri di riferimento. I compilatori dovettero quindi in questo caso tener conto del C. Gregoriano direttamente e non a titolo di semplici aggiunte integrative. Credo opportuno far notare come proprio l'aver trascurato questa considerazione indusse l'Asher, nel suo opuscolo sulle tracce della prima edizione del codice²⁾, a dare un'interpretazione arbitraria ai fatti da lui pure sagacemente messi in luce. È infatti vero che parecchi titoli del C. Giust. l. IX non hanno corrispondenti nel Teodosiano, ma si tratta precisamente di titoli contenenti esclusivamente costituzioni preteodosiane, desunte dal Gregoriano o dall'Ermogeniano (p. es. vedansi i titoli IX, 32, 33, 34, 35), dei quali titoli fino a contraria prova vuolsi presumere che avessero già negli antichi codici rubriche corrispondenti³⁾. A ciò l'Asher non ha pensato, supponendo invece una ipotetica rielaborazione in occasione della *repetita praelectio*. Ma quest'ipotesi, da quel poco che sappiamo sui rapporti tra le due edizioni, potrebbe ritenersi possibile solo ammettendo, con estrema inverosimiglianza, che quella massa di costituzioni classiche, riferentisi - si noti - a una materia così tecnica quali sono le singole figure di reato, si trovassero nel primo codice di-

¹⁾ Riassumo, al solito, la concordanza col Teodosiano: Th. IX. 1-3 = C. J. IX. 2-4; 4-5 = 7-8; 7-10 = 9-12; 11 = 5; 12-18 = 14-20; 19 = 22; 20 = 31; 21 = 24; 24-25 = 13; 26-28 = 26-28; 29 = 39; 32 = 38; 33 = 37; 34 = 36; 35 = 41; 36 = 44; 37 = 42; 39-42 = 46-49; 43 = 51.

²⁾ *De vestigiis primae editionis codicis Iustinianei quae in nono huius codicis libro inveniuntur*, in *Disp. de font. iur. rom. hist.*, fasc. I, Heidelberg, Mohr, 1855.

³⁾ Anche il tit. IX. 1 che pur contenendo qualche costituzione «*ex Th.*» (19-21) non ha nel Teodosiano un riferimento diretto, deriva probabilmente da rubriche corrispondenti dei codici anteriori, dai quali attinge rispettivamente 11 e 7 costituzioni.

sperse in sedi eterogenee; giacchè è certo che nel secondo codice i materiali classici poterono ben essere rimaneggiati e spostati, ma di nuovi non ne furono aggiunti. Del resto, anche il fatto su cui l'Asher insiste¹⁾, della corrispondenza di talune rubriche di questo libro più alle corrispondenti del Digesto che a quelle del Teodosiano, non esclude affatto che esse risalgaano al codice del 529: sia che rispecchino, come è sempre molto probabile, le rubriche del Gregoriano, sia anche che fin dal 529, e non soltanto più tardi per il digesto e il 2° codice, i compilatori sentissero l'opportunità di talune alterazioni. Sicchè, nonostante l'acume dimostrato dall'Asher, pare a me che all'adesione completa del Karlowa²⁾ sia da preferire, corroborandolo con questi nuovi rilievi, il parere negativo del più profondo conoscitore del codice, il Krüger³⁾.



2. Nelle materie di diritto privato che occupano i libri II-VIII del C. Giustiniano le deviazioni dall'ordine del Teodosiano sono tanto frequenti da rappresentare quasi la regola: ed è ben naturale pensare che dipendano, nella maggior parte dei casi, dal diverso ordine seguito dal Gregoriano, il quale per queste materie forniva il materiale più copioso.

La verifica dell'applicazione di questo principio e dei suoi limiti non però è agevole. Anzitutto è da avvertire come non bisogni lasciarsi trarre in inganno dalla concordanza che il Mommsen ha premesso all'edizione del Teodosiano (l. I, p. XIII sg.) ed a cui il Krüger fa rinvio: quegli schemi infatti, oltre al difetto, per questo speciale problema, poco importante, di conglobare il materiale che deriva dall'Ermogeniano, non facendogli un posto autonomo, hanno anche quello di limitarsi a riportare nella colonna destinata al Gregoriano i titoli del C. Giustiniano in cui figurano costituzioni anteriori a Costantino. Ciò può essere utile per mostrare quali titoli conten-

¹⁾ Cfr. op. cit., p. 19 per Cod. J. IX. 17 e 19 rispetto a Th. IX. 15 e 17.

²⁾ *Röm. Rechtsgeschichte* I, p. 1017, n. 2.

³⁾ Op. cit., p. 388, n. 2.

gano materiale classico, ma non deve far credere che sempre quelle costituzioni avessero nel Gregoriano una sede corrispondente. Occorre invece mettere in confronto le rubriche del C. Teodosiano, o del Giustiniano, secondo i casi, con quelle dei due codici precedenti che siano direttamente note: il confronto non potrà certo essere completo, ma almeno poggerà su elementi sicuri, e permetterà forse quella ricostruzione approssimativa dell'ordine del Gregoriano che il Mommsen stesso augura¹⁾.

Prendo a base lo schema edito dal Krüger nella *Collectio librorum* etc. 3. 236 sg.: trascuro però necessariamente, per non incorrere in una *petitio principii*²⁾, le rubriche che il Krüger ricostruisce argomentando dall'analogia della materia colle rubriche corrispondenti del C. Giustiniano: mi limito a quelle che sono testualmente conservate, o delle quali il contenuto e la sede si possano determinare in modo indipendente.

Lib. I. tit. 10 <i>de pactis</i> (App. Wis. 1. 3; Cons. passim) = C. J. 2. 3		
» I » 11 <i>de transactionibus</i> (Gr. Wis. 1. 1; Cons. passim) =		2. 4
» I » 12 <i>de postulando</i> (App. Wis. 1. 1-2) =		2. 6
» II <i>si adversus donationes sponsis factas in integrum quis restitui velit</i> (Greg. Wis. 2, 1)		2. 29
» II » 17 <i>si ut se hereditate absteineat</i> (App. Wis. 1. 4)		2. 38
» II <i>si maior fuerit probatus</i> (Gr. Wis. 3. 1)		2. 42
» II <i>de inofficioso testamento</i> (Gr. Wis. 4. 1-2)		3. 28
» III <i>de petitione hereditatis</i> (Gr. Wis. 5.1)		3. 31
» III <i>de rei vindicatione</i> (Gr. Wis. 6. 1-5)		3. 32
» III <i>familiae herciscundae et communi dividundo</i> (Gr. Wis. 8. 1-2; Cons. 2. 6-7)		3. 36-37
» III » 12 <i>si certum petitur</i> (App. Wis. 1. 5)		4. 2
» III <i>quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur</i> (Greg. Wis. 9. 1)		4. 26

¹⁾ *Proleg. cit.*, p. XXVIII.

²⁾ Questo difetto, a proposito delle edizioni di BIENER (in HUGO, *Ius. civ. anteiust.*) e di HAENEL, notava già l'HEIMBACH G. E. in *Leipz. Repert.*, 1845, p. 14.

Lib. III	<i>ad Senatus consultum Macedonianum</i> ¹⁾	
	(Gr. Wis. 10. 1)	4. 28
» IV	<i>si debitor persoluto instrumentum apud creditorem remanserit</i> (Gr. Wis. 11. 1-2)	4. 21
» IV	<i>si omissis vel debitori redditis instrumentis creditum petatur</i> (Gr. Wis. 12. 1-2)	
» IV	<i>de deposito</i> (Coll. 10. 8)	4. 34
» V ²⁾	[<i>de sponsalibus</i>] (Sch. Sin. § 3): la rubrica, non testualmente conservata, risulta con sufficiente sicurezza dall'argomento.	5. 1
» V	<i>de nuptiis</i> (Coll. 6. 4 e 6)	5. 4
» V ¹⁾	tit paenult. [<i>de fundo dotali</i>] (Sch. Sin. § 9-10). Questa rubrica, finora non identificata, risulta sicura dall'esame del contenuto dello scolio. Lo riproduco, secondo la lezione del Krüger, a cui nulla innova l'ultima collazione del Winstedt:	5. 23

τὸ πλέον μάθῃς. κὰν ἰδικῶς γραφῇ ἐν τῷ προικῶν
μὴ ἐξεῖναι τῷ ἀνδρὶ ἐνεχυράζειν τὰ ἐπαρχιακὰ κτή-
ματα, καὶ οὕτω συνέστηκεν ἡ αὐτῶν ὑποθήκη ἢ
ἐν γάμῳ γινομένη κατὰ τοῦ ἀνδρός, ὡς βιβλίῳ ἐ.
τοῦ Gregorianu κώδικος τίτλῳ παρατελεύτῃ ἢ
γ. τοῦ τίτλου φησί. Σαβ. σημείωσαι τοῦτο, καὶ
μὴ συναρπαγῆς ἀπὸ τῆς ... διατάξεως τοῦ δ... ιρ...
μετὰ τὸν Gregorianon κώδικα, ἢ τῆς ἐν τῷ ια'
βιβλίῳ τοῦ Gregorianu τίτλῳ ια'. ιβ'. τοῦ τίτλου.

Delle materie di diritto matrimoniale, svolte nel l. 5°, il titolo "*de fundo dotali*" è il solo in cui possa trovare la sua sede il problema a cui lo scolio ac-

¹⁾ KRÜGER, op. cit., p. 238, n. 1 crede che l'indicazione del libro vada corretta, per questo tit. e pel precedente, in « IV »: così anche MOMMSEN, *Cod. Theod. praef.* p. xxviii con erroneo richiamo all'Editto: la correzione nou mi pare necessaria.

²⁾ Di riferimento affatto incerto è la citazione del Gregoriano (*libro quinto*) in una glossa al ms. torinese del C. Teodosiano, al titolo I, 2: cfr. MOMMSEN, *Proleg.* cit., p. xlii.

cenna. L' induzione è corroborata in modo decisivo dalla perfetta corrispondenza, che si vedrà, colla serie dei titoli nel C. Giustiniano.

Lib. VI tit. 18 *arbitrium tutelae* (App. Wis. 1. 6) 5. 51

» X *quibus res judiciala non noceat* (Gr. Wis. 13. 1) 7. 56

» XI » 11 [*quae res pignori obligari possunt*] (Sch. Sin. § 9-10, sopra riportato) 8. 16

Anche questa rubrica, finora non identificata, risulta dalla materia. I problemi relativi alla costituzione di diritti di garanzia su fondi dotali potevano trattarsi o in tema di dote (come infatti al l. 5^o tit. penult.) o in tema di garanzie reali, cioè in quel gruppo di titoli a cui nel C. Giustiniano corrispondono i titoli VIII, 13 e sg.: che poi questa da me indicata sia la rubrica a cui con maggior probabilità allude lo scolio risulterà all'evidenza dal confronto colla serie dei titoli giustiniani.

» XII *de sponsoribus et fideiussoribus* (L. Rom. Burg. 14. 7) 8. 40

» XIII *de patria potestate* (Gr. Wis. 14. 1) 8. 46

» XIII *de donationibus* (Fr. Vatic. s. h. tit.)

Che la materia fosse svolta nel Gregoriano in titoli diversi è certo assai probabile, ma non direttamente attestato, giacchè le rubriche dei frammenti vaticani hanno carattere autonomo: eliminano quindi le rubriche dettagliate date dal Krüger.

» XIV *de accusatoribus* (Coll. 3. 4) 9. 2

L'iscrizione "*libro XVIII*", data da due mss. della Collatio (il Vercellese ne manca) è concordemente ritenuta erro-

nea: l'emendazione in "XIII" si presenta anche paleograficamente come la più probabile.

Lib. XIV	<i>ad Legem Corneliam de sicariis et veneficis</i> (Coll. 1. 8-10)	9. 16
» XIV	<i>de maleficis et manichaeis</i> (Coll. 15. 3)	9. 18
	Qui pure occorre emendare (KRÜGER, <i>cit.</i> p. 242, n. 2) l'indicazione "VII" o "VI" data dai codici ¹⁾ .	

La concordanza generale del C. Giustiniano libri II-IX col Gregoriano I-XIV può dirsi completa, entro i limiti in cui il confronto è possibile: il confronto col Teodosiano invece, nonostante la copia ben maggiore di dati, mostra non solo che l'ordine delle rubriche è

¹⁾ Per l'Ermogeniano, stabilire uno schema di concordanza è anche più difficile, sia per la scarsità dei materiali, sia perchè essendo un libro unico e mancando - tranne due casi, di cui uno dubbio - il numero delle rubriche, manca una base autonoma per il riordinamento dei singoli titoli. La considerazione che quasi certamente l'Ermogeniano segue l'ordine stesso del Gregoriano permette di istituire la tabella seguente, che elimina dall'elenco del KRÜGER (*Coll.* 3. 242) le rubriche non testuali, e introduce qualche parziale modificazione. La successione delle rubriche ha un valore relativo, e perciò rinuncio completamente a servirmene per la ricostruzione dell'ordine del Gregoriano:

	<i>tit. de pactis et transactionibus</i> (Cons. <i>passim</i>) = C. J. II. 3-4;
	<i>de [calumniatoribus et] plus petendo</i> (Cons. <i>passim</i>) = III. 10.
	<i>ubi agi debeat</i> (Cons. 6. 15) = III. 21 sg.
	<i>ad exhibendum</i> (Cons. 6. 1-4) = III. 42;
	<i>ex delictis defunctorum quemadmodum conveniantur successores</i> (Herm. Wis. 2) = IV. 17.
	<i>de instrumentis</i> (Cons. 6. 16) = IV. 21;
	<i>de eorum contractibus qui alieno iuri subiecti sunt</i> (L. Rom. Burg. 14. 6) = IV. 26;
	<i>de cautis et non numerata pecunia</i> (Herm. Wis. I) = IV. 30;
	<i>de deposito</i> (Coll. 10. 3-6) = IV. 34;
	<i>de nuptiis?</i> (Coll. 6. 51) = V. 4;
	<i>de donationibus inter virum et uxorem</i> (Cons. 6. 10-12) = V. 16;
41.	<i>de repudiis</i> (Sch. Sin. § 5) = V. 17;
	<i>de testamentis</i> (Cons. 6-17) = VI. 23;
	<i>de successionibus</i> (Cons. 6. 18) = VI. 59;
	<i>de pignoribus</i> (L. Rom. Burg. 14. 1-3) = VIII. 13 sg.
	<i>de donationibus?</i> (fr. Vat. 270-271) = VIII. 53;
	<i>de iure fisci</i> (KRÜGER, <i>Coll.</i> 3. 244) = X. 1.

69? di argomento incerto: v. però più oltre per una proposta di emendazione.

ad ogni passo diverso ¹⁾, ma ancora che dai singoli titoli le costituzioni vennero estratte per collocarle in sedi affatto differenti ²⁾: la straordinaria frequenza delle deviazioni, fusioni, scissioni, inversioni ecc. rivela il carattere di semplice integrazione che ha, per questa parte del Codice giustiniano, il materiale proveniente dal Teodosiano.

È però da avvertire che il C. Giustiniano, mentre segue, quanto alla serie progressiva, l'ordine del Gregoriano, ne diverge profondamente nella divisione dei singoli libri.

Determinare con qualche precisione la corrispondenza dei singoli libri del Gregoriano col C. Giustiniano si presenta disagiata specialmente per i libri più avanzati, nei quali i punti di riferimento sono estremamente scarsi: lo schema che mi accingo a formare ha quindi, per alcuni libri, un valore congetturale; ma nel suo complesso non può discostarsi sostanzialmente dal vero perchè tutti i singoli riferimenti sporadici vi si inquadrano con perfetta regolarità, e parecchi indizi d'altro genere ne confermano con piena sicurezza le parti essenziali.

Le coincidenze specifiche sono così decisive e così minute da escludere anche la possibilità che esse dipendano semplicemente dal fatto che tanto il C. Gregoriano quanto il Giustiniano seguono, come modello comune, l'Editto: l'accenno, nella *Cost. Deo auctore*, § 5³⁾,

¹⁾ Per agevolare al lettore ogni riscontro ecco la tabella riassuntiva dei titoli di materie privatistiche del C. Teodosiano coi corrispondenti nel C. Giustiniano. Th. II. 1 = C. J. III. 13; 2 = III. 5; 3 = II. 57; 5 = III. 40; 7-8 = IV. 11-12; 9 = II. 3-4; 10 = II. 6; 11 = II. 9; 12-14 = II. 12-14; 15-16 = II. 20-21; 17 = II. 44; 18 = III. 1; 19-23 = III. 28-32; 24-25 = III. 36. 37; 26 = III. 39; 27 = IV. 2; 28 = IV. 4; 29 = IV. 3; 30 = IV. 24; 31-32 = IV. 26; 33 = IV. 32. - III. 1 = IV. 38; 2 = VIII. 34; 3 = IV. 43; 4 = IV. 58; 5 = V. 1-3; 6 = V. 2; 7 = V. 4; 8-9 = V. 9-10; 10 = V. 8; 11 = V. 7; 12 = V. 5; 13 = V. 12; 15 = V. 20; 16 = V. 17; 17 = V. 29; 18 = V. 31; 30 = V. 37-38; 31 = V. 62; 32 = V. 71. - IV. 1 = VI. 11-13; 2 = VI. 14; 3 = VI. 17; 4 = VI. 23-36; 5 = VIII. 36; 6 = V. 27; 8 = VII. 16; 9 = VII. 10; 10 = VI. 7; 11 = VII. 33; 12 = VII. 24; 13 = IV. 61; 16 = VII. 52; 17 = VII. 44; 18 = VII. 51; 19 = VII. 54; 20 = VII. 71; 21 = VIII. 2; 22 = VIII. 4. - V. 1 = VI. 58; 2, 6 = VI. 62; 7 = VIII. 50; 9-10 = VIII. 51; 20 = VIII. 52. 8 - VIII. 12 = VIII. 53; 13 = VIII. 55; 14 = VIII. 49; 16 = VIII. 57; 17 = VIII. 58; 18 = VI. 60; 19 = VI. 61. - X. 15 = II. 8. - XI. 3 = IV. 47; 29 = VII. 61; 30 = VII. 62; 31 = VII. 63; 34 = VII. 67; 35 = VII. 66; 36 = VII. 65; 37 = VII. 69; 39 = IV. 20-21. - XV. 1 = VIII. 11.

²⁾ P. es., del Th. II. 1 nessuna costituzione è passata nel C. J. III. 13 che gli corrisponde quanto a materia; così dicasi per Th. II. 30 rispetto a C. J. IV. 24. Vedasi anche, come saggio di spostamenti dalla sede normale. Th. II. 7. 2 (= J. II. 52. 6); II. 8. 26 (= I. 9. 13); II. 12. 2 (= III. 40. 2); II. 16. 1 (= II. 27. 2); II. 16. 2 (= II. 52. 5) ecc.

³⁾ *Tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui ordinationem, prout hoc vobis commodius esse patuerit.*

all'ordine del Codice e quello dell'Editto come due distinti a cui i compilatori del digesto dovessero, secondo i casi, ispirarsi, fa anzi supporre che buona parte delle deviazioni che si riscontrano nel Codice di fronte al sistema edittole derivino dai codici anteriori e quindi, per la materia privatistica, dal Gregoriano ¹⁾.

Devo poi osservare che io qui mi limito a mettere in luce le concordanze generali tra i singoli libri, o parti di libri, non intendendo affatto di estenderla alle singole rubriche: in un successivo capitolo io cercherò di mostrare come, all'infuori dei casi a cui soccorre il confronto diretto, vi siano elementi per determinare la derivazione delle singole rubriche del C. Giustiniano dell'uno o dell'altro dei suoi modelli, ovvero la loro creazione o alterazione Giustiniana, in occasione della prima o della seconda elaborazione del Codice.

C. Greg. libro I = C. Giust. II tit. 1-18.

Dei materiali preteodosiani sparsi nel C. Giustiniano al libro I ho parlato più sopra: al probabile spostamento di qualche titolo del C. Gregoriano l. I al C. Giust. l. III dovrò di nuovo accennare. Il punto di separazione nel II libro C. Giust. lo fisso congetturalmente al tit. 18 perchè col tit. 19 (*de his quae vi metusve causa, ecc.*) comincia un gruppo di titoli (19-54) che tutti hanno la loro base nella rubrica X dell'Editto, secondo la ricostruzione leneliana (*de in integrum restitutionibus*), per tre dei quali (29, 38, 42) è attestata, come appare dalla tabella sopra esposta, la derivazione dal Gregoriano libro secondo.

C. Greg. lib. II = C. Giust. II 19 sg.; III (1-30).

Al II libro del Gregoriano risulta riferibile, oltre i tre titoli dianzi accennati, la rubrica *de inofficioso testamento* (= C. J. 3. 28) mentre la *petitio hereditatis* (= C. J. 3. 31) figurava già nel libro III: par quindi certo che la rubrica "*de inofficioso*" era, nel II libro, l'ultima o la penultima ²⁾: corrispondendo colla chiusa della parte

¹⁾ Nelle costituzioni introduttive del Codice, Giustiniano - a differenza di quanto fa per il digesto - non parla affatto dell'ordine delle materie: il che si spiega benissimo in quanto si trattava di seguire molto da vicino i modelli che ai compilatori si erano proposti, ossia i codici anteriori.

²⁾ Anche il tit. 3. 29 C. J. (*de inoff. donat.*) ha materiale gregoriano, il successivo invece (*de inoff. dotibus*) è di origine teodosiana.

prima dell' Editto: infatti la trattazione della *querela inofficiosi* aveva, nei commentari edittali, la sua sede normale tra il « *de judiciis* » e l' « *hereditatis petitio* » ¹⁾. Vuolsi però ricordare che nel C. Giustiniano figurano nella prima parte del III libro rubriche che, in collezioni più ligie all'ordine dell'editto e al sistema classico dei giudizi, avevano una sede molto anteriore (cf. p. es. Th. II. 1, 2, 5. 7, 8 = I. III. 13, 5, 40, 11, 12): ciò attenua la meraviglia che potrebbe destare il riferimento a un unico libro del Gregoriano di una così vasta materia.

C. Greg. lib. III = C. Giust. III, 31 - sg. ²⁾; IV, 1-33.

Dalla tabella suesposta i punti di controllo risultano per questo libro abbastanza frequenti e sicuri. Delle divergenze tra C. Giustiniano e Gregoriano quanto all'aggruppamento delle materie nei libri è questa per avventura la più saliente, e tanto più notevole in quanto col Gregoriano concordava qui anche il Teodosiano. Infatti i punti di separazione del Gregoriano III-IV e del Teodosiano II-III corrispondono alla separazione tra le rubriche edittali XVIII (*quod cum eo...*) e XIX (*de b. f. iudiciis*):

Greg. III. 12 <i>si certum petitur</i> ³⁾	Th. II. 27 <i>si certum petatur</i>
	30 <i>de pigneribus</i>
» III. - <i>quod cum eo...</i> ³⁾ {	31 <i>quod jussu</i>
	32 <i>de peculio</i>
» III. - <i>ad Sc. Macedonianum</i>	
	33 <i>de usuris.</i>

Nel C. Giustiniano invece la separazione avviene in corrispondenza all'inizio della rubrica edittale XVII (*de rebus creditis*). Non è senza interesse notare come la scelta di questo criterio di divisione

¹⁾ Ciò indipendentemente dal problema sull'esistenza di una simile rubrica nell'Editto: contro la tesi negativa del LENEL v. da ultimo NABER in *Mnemosyne* 1912, p. 397 sg.

²⁾ Si noti che i titoli 41-44 rappresentano, di fronte al normale ordine edittale, uno spostamento analogo a quello che presentano i libri di ULPIANO *ad edictum* (21-23): che già nel Gregoriano lo spostamento esistesse, mi pare probabile, ma mancano indizi positivi.

³⁾ Non credo quindi opportuno modificare col KRÜGER le citazioni di questi titoli: mentre piuttosto la corrispondenza costante col sistema giustiniano mi fa dubitare non siano per avventura alterate (IV in luogo di III) quella dei due titoli relativi agli *instrumenta*.

corrisponda a quella fatta nel Digesto (Cost. *Tanta*, § 3-4) tra la *pars 2^a de iudiciis* e la *pars 3^a de rebus* la quale a sua volta coincide col punto in cui comincia, nel sistema bluhmiano, la serie dei libri edittali (Ulpiano 26 sg.; Paul. 28 sg.; Gai 9 sg.) assegnati alla massa sabiniana. Mentre d'altra parte la diversa divisione adottata dal Gregoriano prova come la divisione delle *partes*, non estranea agli stessi commentarii classici o quanto meno alla loro utilizzazione posteriore¹⁾, non fosse esattamente seguita nelle compilazioni che pur seguono, come il C. Gregoriano, il sistema edittale: forse - come vedremo - si ebbe un maggiore rispetto alle cinque sezioni fondamentali in cui l'editto è diviso.

C. Greg. lib. IV = C. Giust. IV, 34 sg.²⁾

Il riferimento sicuro è uno solo (Coll. X, 8 *de deposito*) ma il punto di partenza è, come si vide, rappresentato dall'inizio dei *b. f. iudicia*, e l'inizio del V libro C. Giust. è, anche per la materia, un punto d'arrivo insormontabile.

C. Greg. lib. V = C. Giust. V, 1-27.

Id. id. VI = Id. V, 28-57.

Nel quinto libro del C. Giustiniano è agevole distinguere due parti: la prima (tit. 1-27) in materia matrimoniale, la seconda (tit. 28 sg.) in materia di tutela. Le citazioni del Gregoriano elencate più addietro dimostrano che a quelle due parti corrispondevano nel Gregoriano due libri: ma la coincidenza può qui rilevarsi in assai più minuti particolari. Il tit. penultimo C. Greg. lib. V (*de fundo dotali*: cf. Sch. Sin. § 9 e la identificazione da me fatta) corrisponde al C. Giust. V, 23, che è precisamente, nella prima parte del libro V, il *penultimo* titolo che possa sicuramente derivare dal Gregoriano: infatti, dei quattro titoli successivi, solo il 25 (*de alendis liberis et parentibus*) si è

¹⁾ Cfr. fr. Vat. 266 (ULP. I *ad Ed. de reb. creditis* = l. 26); Sch. Sin. § 35 (τοῦ *de in integrum restitutione* τῶν α'. *Ulpiani*); fr. Berlin. *de iudiciis* (*de iudiciis* lib. II = l. 16 ad E.); cf. su queste citazioni PETERS, *op. cit.* p. 70 e i miei rilievi in *Filangieri*, *cit.* p. 8 e sg. dell'estr.

²⁾ Questa seconda parte del libro quarto del C. Giustiniano è formalmente caratterizzata da una assai più completa conservazione della *inscriptiones*: la quale peraltro dipende (cfr. KRÜGER, *Cod. ed. maior. praef.* p. xv) dall'avere la *Summa Perusina* utilizzato, per questa sola parte, un ms. più completo.

servito, e in modo esclusivo, del Gregoriano (lib. V tit. *ultimo?*): il tit. 24 ha una costituzione unica "*ex Hermogeniano*" e i titoli 26-27 constano di materiali teodosiani o posteriori. Quanto poi alla seconda parte, al C. Greg. VI, 18 (*arbitrium tutelae*) corrisponde il C. Giust. V, 51 che è, nella seconda parte del libro, il XXIV: se si tien conto che di questi qualcuno o comprende solo materiali postdiocleziane (p. es. 5-33), o fu foggiato dai compilatori (p. es. 5-35)¹, la coincidenza nella serie numerica si avvicina ad essere completa.

Se, oltre alla tutela (E. P. XXII), il libro sesto del Gregoriano comprendesse anche le materie corrispondenti a E. P. XXIII (*de furtis*) e XXIV (*de iure patronatus*) o se invece queste figurassero all'inizio del libro settimo, deve rimanere dubbio: a favore della seconda ipotesi sta il fatto che nel C. Giustiniano tali materie figurano appunto all'inizio del libro VI: a favore dell'altra la più stretta corrispondenza che in tal caso si avrebbe tra il Gregoriano e il sistema dell'Editto, dove quelle due rubriche chiudono la parte seconda. Del titolo "*de bonis libertorum*" sappiamo che nel Gregoriano esisteva (*L. Rom. Burg.* 44, 4), ma non in qual libro: il sussidio, infido del resto, del Teodosiano, non soccorre, non essendosi in esso conservata nessuna rubrica relativa.

C. Greg. lib. VII = C. Giust. VI, 1-21? o 36?

» » VIII = » VI, 22? o 37? sg.

» » IX = » VII. 1-41

Per questi tre libri del Gregoriano manca qualsiasi riferimento diretto nè giova il confronto coi libri IV e V del Teodosiano la cui struttura è, in questa materia, straordinariamente irregolare, in parte - forse - anche per la sua imperfetta conservazione.

Solo in via ipotetica, in vista della corrispondenza generale accertata per i libri precedenti e pei successivi, può supporre che corrispondano ad essi nel C. Giustiniano il libro sesto e la prima parte del settimo. Come il quinto, così il sesto libro abbraccerebbe così

¹ Quando *mulier tutelae officio fungi potest*. La *l. i. h. t.* è estratta dal Gregoriano, dove stava evidentemente sotto ben altra rubrica, giacchè essa afferma semplicemente la massima classica: la rubrica fu foggjata da Giustiniano per adattarla al regime introdotto nel 390 colla cost. 2 *h. t.*, la quale nel C. Teodosiano stava sotto la rubrica "*de confirmando tutore*".

due interi libri del Gregoriano che esauriscono il diritto successorio: se delle tre rubriche edittali riferibili alla materia (XXV-XXVI-XXVII) vadano assegnate due al primo o al secondo di quei libri, e se quindi il punto di divisione corrisponda al C. Iust. VI, 22 (*qui facere testamentum* ecc.) o al VI, 27 (*de legatis*) è per me assai dubbio: tanto più che nell'un caso e nell'altro la massa dei materiali "*ex Gregoriano*" nelle due parti rimane poco proporzionata¹⁾. Può anche essere, per altro, che il punto di separazione fra i due libri non coincidesse affatto coll'inizio di una delle rubriche edittali. L'esame dei commentari classici *ad edictum* e delle altre opere che, pur non avendo carattere di commento, seguono l'ordine edittale, mostra che la divisione in libri non è strettamente vincolata alle partizioni della materia, e che l'autore non si fa scrupolo di cominciare a metà di un libro un argomento nuovo pur di conservare a ciascun libro quell'ampiezza media che gli è caratteristica²⁾. Se nei commenti maggiori, d'Ulpiano e di Paolo, la trattazione è così vasta che normalmente è possibile far corrispondere la fine dell'argomento colla fine del libro, nelle opere di mole minore si passa, nel corso d'uno stesso libro, non solo dall'una all'altra rubrica, ma dall'una all'altra delle parti fondamentali in cui l'editto si divide³⁾: nulla di più facile quindi che lo stesso sia talora avvenuto anche per il C. Gregoriano. Il quale alla trattazione di materie edittali non consacrava più di dodici libri.

La parte prima del libro settimo C. Giust., che corrisponderebbe, in ipotesi, al nono libro del Gregoriano, può suppersi arrivare — sempre in ipotesi — al tit 41, abbracciando così la rubrica XXXI

¹⁾ Sarebbero rispettivamente 68 e 148 o 138 e 88 rescritti. Ma la misura di utilizzazione delle singole fonti del Codice è, nelle varie materie, così varia, che non si può far gran conto di questi rilievi. Se e qual sede avessero nel C. Gregoriano le rubriche *de op. n. nunciacione* (E. P. XXVIII), *de damno infecto* (XXIX) e *de aqua et aquae pluviae arcendae* (XXX) è oscuro: nel C. Giust. la prima di queste è rappresentata, in alcuni codici, in testa alla l. 14 (di Giustiniano) c. 8, 10 *de aedificiis privatis*.

²⁾ Cfr. KRÜGER, *ZSst.* VIII. 78; *Geschichte*,² p. 150.

³⁾ Cfr. GAI. *ad Ed. prov.* 14 (E. P. pars. 2^a e 3^a); TRYPHONIN. *disput.* 15 (E. P. pars 2^a e 3^a); CALLISTR. *ad Ed. monit.* 3 (E. P. pars 2^a e 3^a); HERMOGEN. *tur. epit.* 5 (E. P. pars 3^a e 4^a); PAPIN. *quaest.* 12 (E. P. pars 2^a e 3^a); *resp.* 2 (E. P. pars 1^a e 2^a); 10 (E. P. pars 3^a e 4^a); PAUL. *quaest.* 7 (E. P. pars 2^a e 3^a); *resp.* 15 (E. P. pars 3^a, 4^a, e 5^a). V. anche, nonostante la maggior mole, JULIAN. *dig.* 45 (E. P. pars 3^a e 4^a).

dell'Editto nonchè i titoli in materia d'usucapione: la determinazione di questo punto, oltre a coincidere colle divisioni edittali, ha il vantaggio di dividere in due parti quasi equivalenti (95 e 91) la massa delle costituzioni "*ex Gregoriano*" contenute nel libro settimo: comunque, non è lecito in questo punto uscire dal campo delle semplici congetture.

Quanto ai titoli in materia di possesso e d'usucapione è da tener presente che il farli succedere al commento delle rubriche edittali XXXI-XXXIII non è una novità giustiniana, bensì era già il sistema del Teodosiano, come attesta la sede del tit. IV, 11 *de longi temporis praescriptione*, e già del commento di Paolo *ad edictum* (lib. 54) e di Giuliano (*Digest.* lib. 44)¹: che quindi anche il C. Gregoriano seguisse questo metodo può ammettersi senza difficoltà.

C. Greg. lib. X = C. Giust. VII, 42 sg.

Abbiamo per questo libro un unico riferimento (*Greg. Wis.* 13 = C. Just. 7. 56): la materia corrisponde, a grandi linee, colla *pars quarta* del sistema edittale. Se la materia extra-edittale, per dir così, *de appellationibus* (C. Giust. VII. 62-70) trovasse anche nel Gregoriano la sua sede nel l. X, ovvero, come poi nel Teodosiano (XI. 29 sg.) e già in parecchi commentari classici, in luogo assai più avanzato, rimane per me incerto.

C. Greg. lib. XI = C. Giust. VIII 1-34 (o 36)

» » XII = » » 35 (o 37)-45

» » XIII = » » 46-58.

Tre libri del Gregoriano sono fusi nell'ottavo libro del C. Giustiniano, che è di tutti il meno organico nella sua struttura. Non è disagevole discernere in questo libro tre masse distinte, e richiamarle, col controllo dei riferimenti sicuri, ai tre libri del Gregoriano che ne furono il modello. I titoli 1 (*de interdictis*), 35 (*de exceptionibus*), 37 (*de contrahenda et committenda stipulatione*) rappresentano rispetti-

¹) Non così Ulpiano, che del possesso parla solo più tardi, e incidentalmente, nella trattazione degli interdetti (lib. 69): osservo *en passant* come questo fatto, e non già una speciale predilezione per Paolo da parte dei compilatori, spiega come a quest'ultimo sia fatta nel digesto una parte preponderante in materia possessoria.

vamente l'inizio delle rubriche XLIII, XLIV, XLV, che costituiscono l'ultima parte dell'Editto: alla prima parte sia nel C. Giustiniano (tit. 13 e seg.) che nel Gregoriano (Sch. Sin. § 9-10 coll'identificazione da me fatta) segue la trattazione del diritto di pegno, occasionata dall'accenno all'*interdictum salvianum*; alla terza fa seguito un gruppo poco organico di titoli relativi a materie che anche nel Gregoriano occupano precisamente il libro successivo (XIII) a quello in cui figurano le obbligazioni verbali (XII). Tali materie, del resto, occupano l'identico posto anche in quelle opere di giureconsulti classici che, non essendo semplici commenti all'Editto, seguono però fin dove è possibile l'ordine edittole. Si tratta dei titoli C. Giust. VIII. 46-56 che comprendono tre gruppi distinti:

patria potestà e postliminio tit. 46 sg.
donazioni » 53 »
regime del celibato e *ius liberorum* . . » 57 »

Solo dei due primi è direttamente attestata la sede corrispondente nel Gregoriano (*Gr. Wis.* 14. 1; *Fr. Vatic.*: v. tabella); ma anche della *lex Iulia et Papia* quel codice doveva trattare in questa sede: infatti lo stesso trinomio di materie figura, sebbene non sempre completo nè sempre nello stesso ordine, nei Digesti di Celso (lib. 30 sg., 28, 39); di Giuliano (60, 62, 68 sg.); di Marcello (22, 26 sg.); di Scevola (31, 33); nelle *quaestiones* di Papiniano (29, 31, 32) e nei *responsa* (12, 14); in Paolo *responsa* (18, 19); *quaestiones* (21); *sententiae* (5, 11); Modestino *responsa* (15).

Precisamente in queste materie, che direi « postedittole », si trovano, già nelle opere classiche, quegli spunti di diritto pubblico che, accolti nel Gregoriano, furono, come ho mostrato, ingigantiti dal Teodosiano e finalmente spostati dai compilatori bizantini¹).

Quanto ai libri del Gregoriano XI e XII la corrispondenza è si-

¹ Cfr. PAPIN. *Resp.* 19 (*de re militari e de tributis*); id. *quaest.* 35 (*de peculio castrensi*); id. *Resp.* 13; ULP. *Disput.* 8; PAUL. *Resp.* 16; *Sent.* 5. 12; MODESTIN., *Resp.* 18 (*de iure fisci*). Anche per le leggi criminali era questa la sede classica, e il Gregoriano difatti vi consacra il libro seguente (XIV). Nel Teodosiano, la sede di questi tre gruppi di materie (VI. 7-10; VIII. 12-14; VIII. 16-17) è perfettamente normale, una volta che sia chiarita la ragione storica per cui tra il primo e il secondo gruppo è intrusa una così ampia trattazione di diritto pubblico.

cura: e la identificazione, che ho più addietro illustrato, tra C. Greg. XI. 11 e C. Giust. VIII. 16 conferma anche qui l'intimo e, in questo caso, perfetto parallelismo — che non può essere meramente casuale — delle due raccolte: giacchè precisamente questo tit. 16° è, nel libro ottavo, l'*undecimo* che sicuramente derivi dal Gregoriano, in quanto gli altri cinque (3, 5, 6, 11, 12) non contengono che materiali posteriori. Soltanto può rimanere dubbio se assegnare al primo o al secondo di quei tre libri la materia corrispondente alla rubrica editale « *de exceptio-nibus* »¹⁾. Tutti e tre questi libri (XI-XIII) può sembrare che abbiano, in confronto coi precedenti, un contenuto troppo limitato²⁾, ma anche qui torna opportuno ricordare che in queste sedi si trovavano quelle rubriche di diritto pubblico (*de dignitatibus*; *de re militari*) che nel C. Giustiniano figurano in diversa sede.

C. Greg. lib. XIV = C. Giust. IX.

Ammesse col Krüger le rettifiche delle iscrizioni in *Coll.* 3. 4 e 15. 3, la corrispondenza dei due libri è chiara. Mancando ogni indicazione numerica dei titoli del Gregoriano non è possibile un controllo più analitico: di più s'è visto come per questa materia anche il Teodosiano sia stato largamente usato e imitato.

Di libri posteriori al XIV mancano per il C. Gregoriano notizie. Il riferimento al libro XV di una rubrica « *quorum appellationes non recipiantur* » è una semplice ipotesi del Krüger³⁾: tale rubrica — che testualmente non è attestata, ma assai verosimilmente esisteva — potrebbe riferirsi anche al libro X: il fatto che nel Teodosiano la materia « *de appellationibus* » figura non nel quarto ma nell'undecimo libro non è affatto decisivo giacchè in materie privatistiche le divergenze tra teodosiano e gregoriano sono frequentissime, e qui come in quasi tutti gli altri casi l'ordine del C. Giustiniano costituisce almeno una presunzione per una analoga sede nel codice che gli fu così fedele modello. Non nego peraltro che l'analogia della materia avrebbe potuto indurre i giustinianeî a trasportare i titoli VII. 61 sg. lontano

¹⁾ Nel Comm. di GAIO *ad Ed. prov.* le rubriche editali XLIV-XLV sono invertite.

²⁾ Sono 38 rescritti nel gruppo VIII. 1-34; 64 in 35-45; 41 in 46 sg.: i rescritti *ex Gregoriano* in C. J. XII sono 19.

³⁾ *Collectio* etc., 3. p. 242.

dalla sede originaria a cui li assegnava il fatto del non essere materie « edittali ».

Non credo in ogni modo doversi supporre che col decimoquarto libro il C. Gregoriano si chiuda. Se le materie di diritto pubblico che corrispondono ai libri VI-VIII del Teodosiano erano disperse nel Gregoriano ai libri XII-XIII, nel libro X del C. Giustiniano, nei titoli che trattano di materia fiscale o di *excusationes* dai *munera*, le costituzioni « *ex Gregoriano* » sono troppo numerose (96) e per di più, come vedremo, raggruppate in titoli di tipo originario, perchè possano rappresentare delle integrazioni raccoglitive¹⁾; è quindi estremamente verosimile che almeno un libro (XV) fosse consacrato dal Gregoriano a tale materia, sebbene precisarne la struttura non sia possibile anche perchè il modello immediato del libro X C. Giust. fu, come si disse, il Teodosiano. Ad ammettere l'esistenza almeno di un XV libro²⁾ induce anche il fatto che nel Teodosiano la materia di diritto pubblico, oltre il libro I, figura come sdoppiata in due sedi distinte (l. VI-VIII e l. X e sg.): come la prima corrisponde a spunti esistenti nel Gregoriano in sede corrispondente, così è ovvio supporre per la seconda³⁾.

Riassumo ora i risultati di quest'analisi in una tabella dove ai singoli libri del C. Gregoriano fanno riscontro le rubriche edittali che corrispondono e i libri, o parte di libri, del C. Giustiniano: ho indicato anche - a parziale rettifica della tabella Mommseniana - i riscontri col Teodosiano, limitandomi però alla corrispondenza generale dei libri, trascurando per necessità le frequenti deviazioni nel-

¹⁾ Nel C. Ermogeniano, da cui pure il C. Giust. lib. X, trasse un materiale abbastanza copioso, esisteva un titolo « *de iure fisci* ».

²⁾ All'elemento formale dei numeri dei libri d'un'opera, gli antichi davano non poca importanza; e il XV o il XVI figurano assai più spesso del XIV. E di più i XVI libri del Teodosiano corrisponderebbero così pienamente al complesso dei libri dei codici anteriori (Greg. 15 + Herm. 1), che Teodosio II espressamente dichiara di voler imitare (C. Th. I. 1. 5 pr.). Che il C. Gregoriano fosse in sedici libri opina, senza addurre motivi ma verosimilmente per questa considerazione, LAN-NUCCI (*St. delle fonti*, p. 249).

³⁾ Anche nelle opere dei giureconsulti classici la trattazione « *de iure fisci* » suole venire per ultima, dopo le accennate materie post-edittali e dopo, anche, il regime dei *publica iudicia*: cfr., p. es., nella *Paltingenesi* l'ordine della materia in HERMOGENIAN. *Iur. epit.*; MODESTIN., *Resp.*; PAPIN. *Resp.*

l'ordine interno, non sempre facilmente spiegabili anche quando sono documentabili in modo diretto ¹⁾).

E. P.	C. Greg.	C. Theod.	C. Iust. ²⁾
<i>Pars prima:</i>			
1 sq.	I	II	II. 1-18
X sq.	II		II. 19 sq.; III (1-) 30
<i>Pars secunda:</i>			
XIV sq.	III	III	III. 31 sq.; IV. 1-33
XIX	IV		IV. 34 sq.
XX sq.	V		V. 1-27
XXII (e sq. ?)	VI		VI. 28 sq.
<i>Pars tertia:</i>			
XXV (e XXVI ?)	VII	IV-V	VI. 1-21 (36 ?)
XXVI ?, XXVII (sq. ?)	VIII		VI. 22 (o 37 ?) e sg.
XXXI sq.	IX		VII. 1-41
<i>Pars quarta:</i>			
XXXVI sq.	X		VII. 42 sq.
<i>Pars quinta:</i>			
XLIII (XLIV ?)	XI	VI-VII-VIII	VIII. 1-34 (o 36 ?)
(XLIV) e XLV	XII		VIII. 35 (o 37)-45 [e XII <i>passim</i>]
—	XIII		VIII. 46 sq.
—	XIV		IX
—	XV	X e seg.	X-XI.

¹⁾ In questi casi, in materia di diritto privato, è il Gregoriano che servi di modello ai Giustinianeî. Cfr., p. es., quanto alla collocazione, Greg. IV. (o III) *si debito persoluto instrumentum* etc.; *si amissis vel debitori redditis instrumentis* etc. = Th. XI. 39 *de fide testium et instrum.*, ma C. Just. IV. 20 *de testibus*, 31. *de fide instrum.* Lo stesso deve dirsi anche per la struttura dei titoli: p. es., Greg. I. 10 *de pactis*, 11 *de transactionibus* = Th. (come già Herm.) II. 9 *de pactis et transact.*, ma C. Just. II. 3 *de pactis*, 4 *de transact.*; e viceversa: Greg. III *quod cum eo* etc. = Th. II. 31 *quod iussu*; 32 *de peculto*, ma C. Just. IV. 28 *quod cum eo* etc. Per una semplice sfumatura formale: Greg. III *de petitione hereditatis* = Th. II. 22 *de her. petit.*, ma C. Just. III. 31 *de pet. hered.*

²⁾ Ancora avverto che la corrispondenza del C. Giustiniano è formulata in modo da dare la serie completa dei titoli; perciò anche quelli che di fronte al Gregoriano rappresentano delle aggiunte.



3. Oltre alla ricostruzione approssimativa dell'ordine delle materie, il confronto del C. Giustiniano coi residui del Gregoriano e dell'Ermogeniano permette di illuminare qualche altro punto circa la struttura di quei due codici, particolarmente quanto alla loro ampiezza originaria, e alla misura con cui furono da Giustiniano utilizzati.

E facile infatti constatare quanto rigorosa cernita abbiano operato i compilatori, lasciando da parte, entro i rispettivi titoli, una buona parte delle costituzioni.

P. es. nel C. J. II. 3 *de pactis* occupa il sesto posto una cost. di Caracalla (a. 213) che nel corrispondente C. Greg. I. 10 era per lo meno la nona, giacchè all'ottavo posto (*App. Wis.* I. 3) figurava una costituzione di data anteriore. Del resto, delle otto costituzioni di questo titolo che ci son note¹⁾, due sole figurano nella raccolta giustiniana.

Nel Greg. V tit. *de nuptiis* vi erano più di 32 costituzioni²⁾: nel corrispondente C. J. 4 le costituzioni desunte dal Gregoriano non sono che 13 (1-12; 17).

Così anche nel C. Greg. I. 12 *de postulando* la cost. 33 (*App. Wis.* I. 1) è di Gordiano (238): nel C. Giust. II. 6, quattro in tutto sono le costituzioni precostantiniane, e la terza è già del 240.

In C. Greg. III. 12 *si certum petitur* la cost. 8 (*App. Wis.* I. 5) è di Caracalla (213): il C. J. IV. 2 ha quattro cost. "ex Gregoriano" e la seconda è del 214.

La cost. 13 del C. Greg. VI. 18 *arbitrium tutelae* (*App. Wis.* I. 6) figura nel C. J. V. 51 come quarta.

¹⁾ KRÜGER, *Coll.* 3. 236. Per qualche rilievo in materia cfr. anche HUSCHKE, loc. cit., p. 318; KRÜGER, *Geschichte*,² p. 320, n. 17.

²⁾ *Coll.* 6. 6. 1 (32^a: giugno 287); *Coll.* 6. 4 (del 295 = C. J. 5. 4. 17: v. retro p. 34 Da questo stesso titolo pare derivare anche una costit. di Valeriano che figura come aggiunta nei mss. del Codice Giust. 5. 4 fra la cost. 11 e 12: cfr. KRÜGER, *Cod. ed. maior ad. h. l.* È uno dei rari esempi (cinque in tutto: cfr. KRÜGER, cit. p. XXII; 409. 15; 415. 1; 766. 1; 807. 2; 825. 1) di aggiunte derivanti dagli antichi codici: cfr. anche CONRAT, *Gesch. der Quellen*, p. 91, n. 4. Di queste, due sono di Gordiano, una di Valeriano, una di Diocleziano (PP. 286) e una finalmente attribuita ad Arcadio ma, dalla sede in cui è inserita (C. 9. 9. 22 o 24) e dallo stile, indubbiamente Diocleziana, e precisamente - per il posto che occupa - del 290-292: tutte quindi sicuramente dovute al Gregoriano.

Lo Sch. Sinait. § 3 cita una cost. 17 del C. Greg. l. 5^a, quasi certamente nel titolo "*de sponsalibus*" ¹⁾, mentre il C. J. V. l non ha nessuna costituzione che possa provenire dal Gregoriano. Anche le due citazioni in Sch. Sin. § 9-10, che ho discusso più sopra, si prestano alla stessa considerazione, giacchè in C. J. 5. 23 e 8. 16 non vi sono che rispettivamente 2 e 6 cost. «*ex Gregoriano*», mentre dei titoli originari sono citate le cost. 3^a e 12^a.

Più d'un caso analogo si riscontra anche per l'Ermogeniano. Per es. delle tre costituzioni diocleziane citate in *Lex Rom. Burg.* 14. 1-3 tolte dal tit. *de pigneribus*, una sola è passata nel C. Giustiniano (8. 24. 2).

La cost. 14 Herm. tit. 41 *de repudiis* (Sch. Sin. § 5) non credo poterla collo Zachariae ²⁾ identificare colla l. 3 C. J. V. 17: ma si deve sempre notare come, in quel titolo, di costituzioni diocleziane non ve ne siano che quattro.

Parimenti impossibile è l'identificazione dell'altra citazione ivi contenuta: Herm. tit. 69 const. 120, ma certo nessun titolo, o gruppo di titoli che nel C. Giust. possa corrispondere a un titolo unico dell'Ermogeniano, abbraccia l'ingente numero di 120 costituzioni diocleziane ³⁾.

Taleo, commentando la l. 43 c. 2. 4 (Hb. l. 726) ⁴⁾, osserva che questa non contraddice a molte altre costituzioni, inserite specialmente nel C. Ermogeniano (tit. *de pactis et transactionibus*?) che sanciscono la nullità delle transazioni "*de statu*":

... ἵνα μή ἐναντιωθῇ σοι ἡ παροῦσα διάταξις εἰς πολλὰς διατάξεις, μάλιστα ἐν τῇ ποτε Ἑρμογενιανῶ κώδικι λεγούσας τὴν περὶ τύχης διαλυσιν μή ἐρρῶσθαι:

di siffatte costituzioni nessuna ci è conservata.

¹⁾ KRÜGER, loc. cit., p. 239.

²⁾ BIDD. V., p. 2.

³⁾ A proposito di questa citazione devo osservare che la costituzione a cui si allude è in materia matrimoniale e, se l'Ermogeniano segue l'ordine del Gregoriano, e la materia *de repudiis* occupa il tit. 41, è verosimile che vi sia un errore nel ms. sinaitico o nella sua trascrizione, e che invece di 69 (ξς') deva leggersi λς' (39). L'ultima collazione del Winstedt non getta luce su questo punto.

⁴⁾ Cfr. BERTOLINI, *Transazione*, p. 145.

Potrebbe qualcuno, di fronte a questi rilievi numerici, obiettare che questa scarsità di utilizzazione non sia che apparente, e che molte costituzioni dei codici antichi se risultano escluse dalle rubriche corrispondenti del C. Giustiniano, siano state invece inserite in rubriche diverse. Che ciò sia qualche volta avvenuto è verissimo, ed è ben naturale, giacché i compilatori, se imitano il Gregoriano nell'ordine generale delle materie, spesso trovano conveniente di collocare costituzioni singole in sedi diverse¹⁾. Ma ciò non altera il risultato complessivo dell'indagine comparativa da me istituita: infatti le costituzioni spostate, se nei titoli ove figuravano in origine attestano la superiorità numerica del Gregoriano, dovrebbero viceversa determinare una prevalenza apparente a favore del C. Giustiniano nei titoli dove sono state poste dai compilatori. Il fatto che, nei casi, abbastanza numerosi, che ho esaminato, si verifica sempre il primo fenomeno ma non mai il secondo, esclude che il fenomeno medesimo possa avere una interpretazione diversa da quella, generale, che io gli ho assegnato.

Gli indizi così raccolti attestano che entrambi i codici dovevano avere una mole cospicua. Non sarà possibile confermare e completare questa induzione riferendoci alle notizie che gli studi recenti hanno fornito sulla struttura e l'ampiezza dei « libri » nelle opere classiche? Le indagini del Birt²⁾, completate, per le opere dei giureconsulti, dal

¹⁾ Cfr. Cons. 9. 8 [Greg. 1. 11 *de transactionibus*] = C. 5. 53 (*de in litem iurando*) 3; Gr. Wis. 8. 1 § 3 [*tit. de fam. hercisc.*] = C. 1. 18 (*de iuris et facti ignorantia*) 2; App. Wis. 1. 1 [Greg. 1. 12 *de postulando* 33] = C. 2. 11 (*de causis ex quibus infamia...*) 14; Cons. 6. 19 [Herm. tit. *de pactis et transact.*] = C. 6. 30 (*de iure deliberandi...*) 7; Cons. 4. 9 [Herm. *ibid.*] = C. 7. 16 (*de liberali causa*) 24; Cons. 6. 14 [Herm. tit. *ad exhibendum*] = C. 4. 20 (*de testibus*) 7; Cons. 6. 16 [Herm. tit. *de instrumentis*] cfr. C. 3. 19 (*ubi in rem actio exerceri debeat*) 1; Cons. 6-10 [Herm. tit. *de donat. inter virum et uxor.*] = C. 8. 53 (*de donationibus*) 11. Il fatto che siffatti spostamenti sono, per quanto conosciamo, più frequenti rispetto all'Ermogeniano che al Gregoriano, conferma per nuova via la mia opinione che il Gregoriano sia stato un modello rare volte abbandonato e, forse, anche l'altra - di cui in appresso - circa gli sdoppiamenti delle costituzioni già negli antichi codici. L'unico caso in cui il confronto con altra fonte permette di rilevare che due costituzioni, che sono consecutive in un titolo del C. Giustiniano, lo erano anche nella fonte originaria (C. Ermogeniano) è forse rappresentato, come vide l'Haenel, dalle l. 6-7 C. 8. 41 (42) cfr. *Ed. Theod. art. 127*.

²⁾ *Das antike Buchwesen*; cfr. pure LANDWEHR, *Studien über die antike Buchterminologie*, in *Arch. f. lateln. Lexikographie* VI. 219 sg. Le divergenze tra i due autori non interessano direttamente per il punto di cui io mi occupo.

Krüger¹⁾, hanno permesso di stabilire che i *libri* in cui esse sono divise hanno un numero di linee (*στίχοι*) press'a poco costante, determinato, almeno in origine, dall'ampiezza massima del rotolo di papiro che li contiene. Ora, dal punto di vista della struttura materiale, il C. Gregoriano presenta un interesse speciale perchè, come il nome stesso indica, esso non consta di singoli *libri* isolati ma di un unico *codex* e rappresenta quindi per avventura il più antico esempio sicuro in cui al papiro appaia sostituita in opere giuridiche la pergamena; verosimilmente, come bene ebbe a rilevare il Krüger²⁾, il carattere di opere più di consultazione che di lettura determinò l'adozione di questo tipo destinato a diventare rapidamente generale³⁾.

Tale struttura fa sì che l'ampiezza dei singoli libri non sia più necessariamente vincolata ai limiti che fossero imposti dalla natura del materiale scrittorio e ciascun libro può giungere a una mole ben superiore al *maximum* dei rotoli classici: se i libri interi del C. Teodosiano giusta i computi del Krüger⁴⁾ ancora oscillano da 1500 a 4000 linee, quelli del Giustiniano da un *minimum* di 4500 arrivano a un *maximum* di 11700.

Questa maggiore ampiezza e questa sproporzione si spiegano col fatto che oramai la divisione per libri viene a dipendere sempre più esclusivamente dalle partizioni della materia svolta, indipendentemente dal materiale che per l'una o per l'altra di essa può occorrere. Si noti però come, mentre i libri del C. Giustiniano presentano tra l'uno e l'altro una sproporzione fortissima, e di più la loro mole si aggira sempre molto al di sopra dell'ampiezza massima di un libro classico, ciò non può già più dirsi pel Teodosiano, dove alcuni libri hanno una mole corrispondente a quella di un rotolo classico, altri pur superandola non superano mai il *maximum* che per quello era

¹⁾ Ueber die Verwendung von Papyrus und Pergament für die juristische Literatur der Römer, in ZSSt. 8 (1887) 81 sg. Cf. PAUL. Sent. 3. 6. 87: il *liber* è "*scripturae modus qui certo fine concluditur*."

²⁾ Loc. cit., p. 81: contra MOMMSEN, *ibid.* 10 (1889) 349, ma non in modo decisivo.

³⁾ Il C. Gregoriano cade precisamente in quell'epoca (fine del secolo III) in cui l'uso della pergamena comincia a divenire frequente; (cfr. DZIATZKO in Pauly-Wissowa 3. 948).

⁴⁾ Loc. cit., p. 82: linee 1500 (libro 15); 1550 (14); 1750 (13); 2000 (10); 2500 (7); 3000 (8); 3100 (6); 3500 (9 e 16); 3650 (12); 4300 (11).

possibile¹⁾. Ciò mostra che, come era del resto più che naturale, la mole del libro, anche essendo determinata in origine dalle esigenze del materiale scrittorio, era divenuta un'unità relativamente costante che si conservava, almeno nei primi tempi, anche indipendentemente dalle ragioni che l'avevano determinata: precisamente allo stesso modo che, per pura forza d'inerzia, si continuò a lungo ad indicare l'inizio e la fine dei libri colle espressioni tecniche per i rotoli papiracei²⁾. Nel C. Gregoriano, che per il primo ci si presenta non scritto su singoli rotoli di papiro ma pur sempre diviso in *libri*, sarebbe poco verosimile supporre che a questi libri si fosse data un'ampiezza radicalmente diversa da quella che si era sempre considerata come normale, tanto più che, richiamando i criteri della partizione delle materie esposti poc'anzi, si vede come essi non siano talmente rigorosi da doversi essere a loro subordinata qualsiasi considerazione estrinseca. Il C. Gregoriano fu scritto su un codice unico per maggior comodità di consultazione, utilizzando la crescente diffusione dell'uso della pergamena, ma fu diviso in tanti libri quanti a un dipresso ne avrebbe richiesto in opere anteriori una materia di siffatta mole.

Questo rilievo preliminare dimostra come sia possibile confermare e completare su questa via le induzioni formulate più sopra. Le costituzioni conservate nel C. Giustiniano derivanti dal Gregoriano, secondo i criteri che io credetti di poter fissare, ammontano complessivamente a 1675: l'ampiezza media di tali rescritti, che sono notoriamente brevi assai più delle costituzioni più tarde, credo poterla fissare, come media generale, a 7-8 στίχοι, quindi complessivamente circa 12 500 στίχοι, che a mala pena riempirebbero 7-8 libri di mole appena mediocre. Poichè il Gregoriano consta di oltre 14, forse 15 o 16, libri, questo rilievo estrinseco conferma primamente e per via autonoma la constatazione già fatta, che forse meno della metà del materiale gregoriano è passato nel codice giustiniano. Pel C. Ermogeniano non è possibile argomentare su queste basi, perchè era un libro unico, di mole assai superiore all'unità di misura normale: basti pen-

¹⁾ Il BIRT, (p. 309) con un'ingegnosa argomentazione dai libri della *Graeciae Descriptio* di Pausania, ha potuto fissare il *maximum* delle linee d'un libro di prosa appunto circa a 4500 linee.

²⁾ Cfr. BIRT, op. cit., p. 372.

sare che il tit. 41° corrisponde ancora al 5° libro del Gregoriano; che in un titolo (69 o 39) pare ci fossero almeno 120 costituzioni; che nel C. Giustiniano, che pure è ben lontano dal riprodurlo completamente, figurano quasi mille rescritti che derivano da lui.

Non voglio abbandonare quest'argomento senza un altro rilievo, pure interessante per la storia della formazione del codice. Ho osservato che l'ampiezza dei singoli libri del codice è oltremodo oscillante, e arriva nel 1° libro, secondo il computo del Krüger, a una mole (11 700 linee) straordinariamente superiore a quella che siamo abituati a trovare nei singoli libri di un'opera, anche a quell'epoca. Nel digesto, infatti, sempre secondo i calcoli del Krüger, il libro più ampio non supera le 5480 linee, e il fatto che la materia *de legatis* venne distribuita non soltanto in tre titoli, ma in tre libri, è la migliore prova del come anche i compilatori non fossero insensibili alle esigenze di una certa regolarità.

Tanto più strana appare quindi l'irregolarità che ci si presenta nel codice. Io mi sono proposto il dubbio se questa straordinaria ampiezza di taluni libri non dipenda dal cumulo dei vari materiali che li costituiscono, e se in particolare le sproporzioni tra i vari libri non dipendano dalla maggiore o minor mole delle aggiunte fattevi in occasione della *repetita praelectio*. L'esame dei singoli libri ha confermato pienamente questa mia supposizione: eliminando il contributo portato dalle cost. giustiniane posteriori al VII *id Apr.* 529, la mole di ciascun libro viene a ridursi a limiti più normali, e soprattutto si riavvicinano all'ampiezza media quei libri (1°, 6°, 5°, 4°) che, nello stato attuale, la superano per essere stati più abbondantemente integrati con materiali nuovi. Questa constatazione ha per me un doppio interesse. Anzitutto essa costituisce una riprova della scarsa rielaborazione che il codice ebbe a subire nella sua 2ª edizione: nel piano originario, e nella compilazione primitiva, i compilatori non hanno voluto prescindere dalle proporzioni normali per ciascun libro, ma nella riedizione hanno semplicemente aggiunto punto per punto le costituzioni opportune, senza darsi pensiero delle sproporzioni formali che così in taluni libri si venivano a verificare. In secondo luogo essa, mostrando che ancora nella 1ª edizione del codice, come anche nelle Pandette, i giustiniane si preoccupano di una aliquale isometria dei libri, conferma il valore dei rilievi sticometrici da me svolti

in ordine ai codici antichi: rilievi i quali del resto non sono destinati se non a corroborare quanto si è potuto già dimostrare per altra via.

*
* *

4. Nello studio dei rapporti tra il c. giustiniano e i suoi precursori - in particolare il Gregoriano e l'Ermogeniano - non è privo d'interesse determinare se, in quei numerosi casi in cui una costituzione originariamente unica appare suddivisa in rubriche diverse, questa divisione sia stata operata dai bizantini o si trovasse invece già, almeno in parte, nei loro modelli. È questo per avventura l'unico caso in cui elementi più decisivi ci si offrono per il c. Ermogeniano che non per il Gregoriano.

L'esame delle costituzioni "*ex Hermogeniano*" conservateci direttamente nelle fonti pregiustiniane - e precisamente nella *Consultatio* - ci mette sotto occhio, anzi tutto, con una certa frequenza, il fenomeno di costituzioni che non presentano nessuna relazione sostanziale colla rubrica dalla quale sono desunte ¹⁾: il che dipende evidentemente dal fatto che il compilatore delle *Consultatio* cita, per i suoi fini pratici, soltanto una parte delle singole costituzioni, e bene spesso non precisamente quella parte che all'originario compilatore del codice apparve come la più importante ai fini della collocazione.

Che il compilatore delle *Consultatio* citi per lo più soltanto dei frammenti delle costituzioni inserite nell'Ermogeniano risulta anche formalmente dalle formole che egli suol far precedere o seguire al testo riportato:

inter cetera et ad locum: Cons. 5. 6; 6. 12; 6. 15; 6. 16; 6. 17;
6. 18; 6. 19; 9. 3; 9. 7;
et reliqua: 4. 9; 4. 10; 6. 10;
et cetera: 6. 11:

queste formole, inserite rispettivamente tra l'*inscriptio* e il testo o tra il testo e le *subscriptio*, provano che il compilatore ha davanti,

¹⁾ Cfr. Cons. 6. 12; 6. 15; 6. 16; 6. 19 [la rubrica è "*de pactis et transactionibus*": ma l'autore della Cons. riporta semplicemente una regola di diritto ereditario]; 9. 7 [cfr. però KRÜGER *Coll.* 3. 242, n. 3].

nell'originale del codice, dei rescritti più ampi, dai quali estrae la parte che gli interessa ¹⁾).

Non è poi da trascurare un'altro elemento che si desume dal confronto delle costituzioni *ex Hermogeniano* conservate direttamente con quelle che loro corrispondono nel c. giustiniano. La corrispondenza - a differenza di quanto vedremo pel Gregoriano - non è quasi mai completa ²⁾: talora i giustinianeî hanno omissso l'inizio del rescritto riferendo solo la parte finale ³⁾, talora invece hanno conservato la prima parte soltanto ⁴⁾, ovvero una serie di massime distinte ⁵⁾; procedimenti i quali tutti dimostrano che essi avevano davanti, nell'Ermogeniano, una raccolta di rescritti piuttosto complessi, che si prestavano ad essere scissi in vario modo secondo le esigenze di una più accurata sistemazione del materiale. La rapidità colla quale - secondo quanto s'è visto - Ermogeniano compilò la sua raccolta spiega molto agevolmente come egli non abbia potuto darsi pensiero di isolare le parti di ciascun rescritto per modo che sotto ciascuna rubrica venisse a cadere la massima corrispondente. Per ciò quando nei titoli del c. Giustiniano troviamo disperse le parti di costituzioni uniche che per la loro data si desumono derivare dall'Ermogeniano, è lecito supporre che la scissione delle varie parti sia, di regola, opera dei compilatori bizantini.

In ordine al c. Gregoriano, l'assenza di questi elementi e qualche altro rilievo specifico mi fanno dubitativamente propendere verso l'i-

¹⁾ Se tali clausole fossero esistite già nel c. Ermogeniano, dovrebbe arrivarsi a conclusioni antitetiche a quelle da me prese nel testo. E tale è, infatti, l'opinione dominante per le clausole "*post alia*", "*et cetera*" che ricorrono nel c. Teodosiano: si vedano per questo gli *Studi storico-critici sulla interpretatio al c. Teodosiano* del CHECCHINI, negli *Scritti in memoria di Monticolo* (pag. 17 dell'estratto): egli limita la derivazione di tali clausole dal c. originale appunto ai casi di costituzioni sdoppiate, riferendo gli altri alle successive copie più ristrette su cui avrebbero poi lavorato i Visigoti. Ma il CH. riconosce che le formule "*inter cetera et ad locum*", "*et reliqua*", non possono riferirsi, nella *Consultatio*, che all'autore di essa: e il fatto che in ordine al c. Ermogeniano le *Consultatio* usi unicamente (salvo un'eccezione: 6. 11) questo secondo tipo di clausole fa sì che la sagace dimostrazione del CH. corrobori pienamente la mia.

²⁾ Tale è C. 4. 20. 7 = *Cons.* 6. 14; 4. 34. 10 = *Coll.* 10. 6.

³⁾ C. 7. 16. 24 cfr. *Cons.* 4. 9 [*et reliqua*].

⁴⁾ C. 3. 19. 1 cfr. *Cons.* 6. 16 [*inter cetera et ad locum*].

⁵⁾ C. 3. 31. 8; 6. 59. 4; 7. 16. 27, cfr. *Cons.* 6. 18 [*inter cetera et ad locum ... et reliqua*].

potesi che con maggiore frequenza già il suo compilatore avesse provveduto a scindere i rescritti di natura più complessa per collocarne le singole massime sotto le rubriche più direttamente corrispondenti. Infatti l'esame delle costituzioni derivanti " *ex Gregoriano* " ci mostra assai meno frequente il caso di costituzioni il cui contenuto, nella parte riferita, non corrisponde alla rubrica da cui dipendono ¹⁾, e meno frequente pure il caso di riferimenti frammentarii per parte del compilatore della *Consultatio* o di altri ²⁾. Come pure assai più frequente è il caso che le costituzioni conservate in fonti pregiustinianee coincidano - a parte i ritocchi compilatorii - con quelle del c. giustiniano ³⁾, il che fa supporre che in entrambi i casi non si sia fatto altro che riprodurre, senza omissioni, la costituzione originale, che già nel c. Gregoriano figurava nelle medesime proporzioni ⁴⁾.

Ciò farebbe supporre, nel Gregoriano di fronte all'Ermogeniano, un grado più elevato di elaborazione, che il diverso loro modo di compilazione giustifica pienamente. Certo è, peraltro, che anche per le costituzioni anteriori al 293 un buon numero degli sdoppiamenti che figurano nel c. Giustiniano sono dovuti esclusivamente ai compilatori bizantini: a me basta per ora aver dimostrato come qualche volta essi risalcano più addietro e come, verosimilmente, anche su questo fenomeno non sia senza influenza la derivazione del materiale dall'uno o dall'altro dei due codici antichi.

¹⁾ Cfr. *Cons.* 1. 9; *App. Wis.* 1. 5; 1. 6.

²⁾ Nella *Cons.* la formola " *inter cetera et ad locum* " o " *ad locum* " ricorre in *Cons.* 9. 18 - la cui attribuzione al Gregoriano genera imbarazzo - e 1. 8, dove non si ha che la citazione, a senso, di una frase contenuta nella cost. genuina in *Cons.* 9. 11: " *et cetera* " in *Cons.* 1. 7.

³⁾ Cfr. p. es. C. 2. 4. 7 = *Gr. Wis.* 1. 1; 3. 32. 7 = *Gr. Wis.* 6. 3; 4. 28. 5 = *Gr. Wis.* 10. 1; 4. 21. 1 = *Gr. Wis.* 12. 1; 4. 21. 5 = *Gr. Wis.* 12. 2; 4. 34. 1 = *Coll.* 10. 8 etc.

⁴⁾ In qualche caso lo sdoppiamento di un rescritto originariamente unico può riferirsi al Gregoriano in base alla considerazione che i giustinianeî non avrebbero avuto nessun motivo di scinderlo. Per es. le l. 1 C. 2. 34 e 1 C. 2. 36 sono parti di un medesimo rescritto, come risulta dall'identità della data (*id. oct. a. 200*) e del destinatario (*Longino*), nonché dell'intima analogia di contenuto. Lo sdoppiamento difficilmente può riferirsi ai bizantini giacchè le due rubriche provengono - come meglio si vedrà in seguito - dal Gregoriano, e sono, giusta lo stile di questo codice, molto dettagliate e abbraccianti poche costituzioni: se nel Gregoriano quelle due costituzioni fossero state ancora unite, i compilatori proprio non avevano ragione di scinderle. Lo stesso io penso per l. 1 C. 2. 49 e 4 C. 2. 50 se, come il KRÜGER a ragione sospetta, l'*inscriptio* di quest'ultima va emendata e le due costituzioni devono per conseguenza congiungersi.

La posizione autonoma che, come fonti del C. Giustiniano, hanno rispettivamente il Gregoriano e il Teodosiano per le materie di diritto privato e di diritto pubblico, conferma la supposizione già, del resto, *a priori* assai verosimile, del Krüger¹⁾ che ciascuno di essi, come anche il C. Ermogeniano, sia stato escerpito in modo autonomo. Solo così, anche, si spiega come si sia potuto spogliare il C. Teodosiano secondo l'ordine suo proprio e non secondo l'ordine, in più casi diverso, e per il C. Giustiniano più fondamentale, del Gregoriano. Il rilievo su cui il Krüger poggia questa sua opinione, che cioè non si riscontrano nel codice giustiniano fusioni di costituzioni che derivassero da codici diversi non mi sembra peraltro decisivo, soprattutto perchè anche l'esistenza di tali fusioni non sarebbe una prova in contrario, poichè possono benissimo essere avvenute in occasione del riordinamento definitivo del materiale escerpito: allo stesso modo che gli spostamenti dell'ordine delle masse non distruggono la regola formulata dal Bluhme per la composizione del digesto,

E veramente qualche caso di *contaminatio* tra Gregoriano ed Ermogeniano sembra si sia avuto. Tale non credo essere il caso della l. 1. C. 4. 18 che ha nell'*inscriptio* « *Imp. Gordianus A. Felici* », e nella *subscriptio* « *D. VII k. Iul. Sirmi CC. conss (= 294)*: giacchè qui si tratta di un semplice equivoco nell'iscrizione, che va rettificata riferendo la costituzione a Diocleziano (a. 294: *ex Herm*)²⁾ ma piuttosto quello della l. 3 § 1 C. 3. 33. La cost. è di Caracalla (213) ma il § 1 coincide col fr. Vat. 43, che è una cost. Diocleziana del 293: la coincidenza è talmente perfetta da non lasciare dubbi sull'identità del testo:

(3 §. 1 c. 3. 33 [213] Usufructuario	(Vat. 42 [293] Fructuario super-
autem superstite licet dominus	stite, licet dominus proprietatis
proprietatis rebus humanis exi-	rebus humanis eximatur, jus u-
matur, jus utendi fruendi non	tendi fruendi non tollitur.
tollitur.	

¹⁾ Cfr. *Codex*, ed. maior, p. xxxvii, n. 7.

²⁾ L'equivoco dipende probabilmente dall'essersi soppressa una costituzione di Gordiano che doveva precedere: e posto che la materia « *de constituta pecunia* » fu rimaneggiata nel 531 (l. 2 *eod.*), quella soppressione, e il conseguente errore, va forse imputato ai redattori del secondo codice.

Che questo § costituisca un'aggiunta alla costituzione originaria risulta anche da una considerazione sostanziale. Antonianus, il destinatario del rescritto di Caracalla, era succeduto al padre titolare d'un legato di usufrutto e pretende di succedere anche in questo diritto: l'imperatore risponde respingendo la sua pretesa. Col caso della morte dell'usufruttuario che ci aveva a fare quello, a cui allude il § 1, della morte del *dominus proprietatis*? I compilatori trovano opportuno, per la solita preoccupazione di riuscire completi, parlare anche di questo caso, e appiccicano così al testo di Caracalla una costituzione di Dioleziano che, a giudicare dalla data, è presumibilmente tolta dall'Ermogeniano ¹⁾.

Un caso analogo, anzi inverso, in quanto l'aggiunta deriva da un rescritto di data anteriore, è quello della l. 15 C. 3. 32 confrontata col fr. Vat. 315.

l. 15 § 2 c. 3. 32 [a. 293] Erit sane in arbitrio tuo pretium quod dedisti cum usuris recipere, ita tamen ut perceptorum fructuum et sumptuum ratio habeatur: cum et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis, eum, cui priori possessio soli ²⁾ tradita est, haberi potio-rem convenit.

Vat. 315 [a. 291].

Cum ex causa donationis uterque dominium rei tributariae vindicetis, eum cui priori possessio vel soli tradita est, haberi potio-rem convenit.

La coincidenza anche qui è troppo letterale perchè possa pensarsi a due rescritti diversi, e di più il caso della donazione era affatto estraneo alla fattispecie di cui il principe doveva decidere in base al ricorso di Aurelio Proculino: i compilatori, al solito, credettero bene di completare la trattazione ³⁾.

Casi in cui costituzioni del Gregoriano o dell'Ermogeniano siano

¹⁾ Il fatto che il Vat. 42 ha nella *subscriptio* la designazione completa non esclude la derivazione *ex Hermogeniano* per le ragioni vedute.

²⁾ Si avverta l'equivoco sul significato di "soli", di cui è indice la soppressione del "vel".

³⁾ Si noti come in questa e nella precedente fusione si conserva la data che corrisponde all'*inscriptio* della parte fondamentale del rescritto: che è il metodo normale: cfr. KRÜGER, *Cod. ed. mator. praef.*, p. xxvii.

fuse con costituzioni del Teodosiano non ne ho riscontrati¹⁾: almeno un caso è invece sicuro in cui materiali del Teodosiano sono riportati in costituzioni posteriori. La l. 26 C. 3. 36 *familiae erciscundae*, di Costantino (a. 321), deriva dal Teodosiano, quantunque il titolo corrispondente II. 24 sia conservato solo in parte, e non permetta il confronto: il § 1 di questa constit. fu riprodotto nella l. 21 § 3 a C. 6. 23, tratta da una novella di Teodosio II (a. 439). Questi due esempi bastano a provare come in realtà contaminazioni di materiali provenienti da fonti diverse non manchino: pur non costituendo esse per nulla una prova contro l'ipotesi dello spoglio separato dei materiali medesimi.

Che effettivamente il Gregoriano e il Teodosiano, per non parlare che delle due fonti maggiori, siano stati escerpiti in modo autonomo risulta anche dal fatto che ciascuno di essi costituisce, come si è visto, la base di distinte parti del codice giustiniano: dei libri di diritto privato il primo, di quelli di diritto pubblico il secondo. Però, mentre l'ordine delle materie del Gregoriano fu, nelle grandi linee almeno, rispettato, quello del Teodosiano ebbe invece a subire notevoli spostamenti: due soprattutto, in quanto

a) la materia di diritto ecclesiastico, che nel Teodosiano occupa l'ultimo libro (XVI), è divenuta nel C. Giustiniano la 1ª parte del libro 1º;

b) la materia « *de dignitatibus, de re militari* », ecc., che nel Teodosiano occupa, per le ragioni vedute, i libri VI-VII-VIII partim, è nel C. Giustiniano portata al libro finale (XII).

¹⁾ Un caso si avrebbe nella l. 3 C. 2. 10 se, accogliendo la dimostrazione del CHECCHINI nel suo recentissimo scritto sull'*Interpretatio* al C. Teodosiano (p. 46), dovesse ritenersi che i giustinianeî vi hanno fusa la l. 1 C. Th. 2. 11: ma l'ingegnoso tentativo non mi persuade. La soppressione operata nella l. 1 *ht.*, come attesta Taleo (Hb. 1. 355) fu resa necessaria dal fatto che solo nel C. Giustiniano la l. 3 (*ex Hermogeniano*) si trova così a poca distanza dalla l. 1 (*ex Gregoriano*) ed era quindi superfluo l'inciso comune. Se quell'inciso i compilatori dovevano poi andarlo a prendere in una costituzione del Teodosiano, tanto valeva lasciarlo in quella C. 1 in cui già c'era. Tanto più che il CHECCHINI riterrebbe (pag. 47) che l'inciso in questione fosse stato inserito nella l. 1 C. Th. 2. 11 dai compilatori del Teodosiano traendolo dalla costituzione del Gregoriano che è la l. 1 C. Giust., *h. t.*: ipotesi che a me pare assolutamente insostenibile il C. Teodosiano non mirava affatto - come il Ch. pare propenso a credere - a sostituirsi ai due anteriori, nonostante le espressioni usate in Nov. Post th. l. § 1 e 3, ma ad esserne un semplice complemento, la cui importanza non è tanto per il diritto privato quanto per il pubblico.

Per meglio approfondire il metodo di spoglio seguito dai compilatori sarebbe quindi interessante conoscere se il Teodosiano fu trascritto secondo l'ordine originale, salvo a spostare poi i materiali raccolti, o se invece già nello spoglio si seguì l'ordine che si era diviso di adottare nel nuovo codice.

Un indizio - l'unico per avventura ¹⁾ - che possa servire per la soluzione di questo problema, è dato, a mio avviso, dallo studio delle *leges geminatae* del Teodosiano e dei loro riflessi nel Giustiniano. È noto che, nonostante la cura che anche i commissari di Teodosio II dovettero darsi per eliminare ogni geminazione, questo fatto si è avverato con una certa frequenza, sì da presentarsi circa trenta volte, che più sarebbero se il Teodosiano ci fosse pervenuto in modo meno incompleto.

Non di tutte queste geminazioni possiamo seguire le sorti nel C. Giustiniano, giacché in molti casi né l'una né l'altra della *leges geminatae* vi ha trovato accoglimento. Talora i compilatori hanno riprodotto la geminazione, conservando le due costituzioni uguali nelle due sedi che rispettivamente loro competevano, così p. es.:

Th. III. 30. *de adm. et per. tut.* 2 = VIII. 12. *de donat.* 1 = J. V. 37. *de adm. tut.* 21 = VIII. 53. *de donat.* 25.

Th. VIII. 4. *de cohortalibus* 30 = XII. 1. *de decurionibus* 188 - J. XII. 57. *de cohort* 12 = X. 32. *de decur.* 55.

Ma nella maggior parte dei casi i giustiniani hanno provveduto ad eliminare la geminazione e precisamente, dopo aver inserita nel codice, alla sede corrispondente, la prima delle due *leges geminatae*, arrivati, nello spoglio, all'altra l'hanno senz'altro omessa.

Che veramentesia questo criterio, dirò così, della prevenzione, quello che determina in tal caso la scelta dei compilatori risulta con sicurezza dall'esame dei casi in cui le due costituzioni *ex Theodosiano* presentano tra loro qualche divergenza che permetta di controllare quale precisamente delle due sia riprodotta nel C. Giustiniano. Vedasi, p. es.:

¹⁾ Qualche spunto potrà forse fornire l'esame, promesso dal DE FRANCISCI, delle costituzioni giustiniane anteriori alla cost. *Summa*. Non entro nell'argomento: osservo però che la scarsità della produzione di quel periodo contrasta colla multiforme abbondanza delle innovazioni sancite durante l'elaborazione del Digesto.

Th. VI. 30 <i>de palatinis</i> ..	} 8 = J. XII. 23. <i>de palatinis</i> .. 8 9
XII. 1 <i>de decurion</i> ..	
	} 140 = J. X. 32. <i>de decurion</i> .. 46 148
XII. 1	
	} 157 = J. X. 32. 49. 158

Qui, trattandosi di geminazioni entro lo stesso titolo, l'unico criterio per la identificazione è quello fornito dalle lievi differenze del testo: per le geminazioni che ricorrono fra titoli diversi, soccorre il criterio della corrispondenza del titolo in cui la costituzione figura: e qui pure risulta seguito il criterio della prevenzione. Per titoli diversi di un medesimo libro vedasi infatti:

Th.	{ 1. 5. <i>de off. pr. pr.</i> 10 = J. 1. 26. <i>de off. pr. pr.</i> 4 1. 7. <i>de off. mag mil.</i> 2
Th.	{ VI. 14. <i>de com. rei mil.</i> 1 = J. XII. 12. <i>de com. rei mil.</i> 1. VI. 22. <i>de honor. codic.</i> 4

Per titoli di libri diversi lo spoglio del Teodosiano mi dà i seguenti risultati:

Th	{ 1. 2. <i>de div. rescr.</i> 9 XI. 1. <i>de annona et trib.</i> 20 = J. X. 16. <i>de ann. et trib.</i> 7
	{ II. 8. <i>de feriis</i> 18 = III. 12. <i>de feriis</i> 6 VIII. 8. <i>de executoribus</i> 3
	{ XI. 7. <i>de exactoribus</i> 13
	{ II. 8. <i>de feriis</i> 26 = [1. 9. <i>de judaeis etc.</i> 13 ¹⁾] VIII. 8. <i>de executoribus</i> 8
	{ III. 7. <i>de nuptiis</i> 2 = [1. 9. 6 ¹⁾] IX. 7. <i>ad l. Iul. de adult.</i> 5
	{ VIII. 2. <i>de tabulariis</i> ... 1 = X. 71. <i>de tabulariis</i> ... 1 XII. 1. <i>de decurionibus</i> 31

¹⁾ Rimane dubbio il riferimento specifico.

- { IX. 40. *de poenis* 16
 { XI. 30. *de appellationibus* 57 = VII. 62. *de appellationibus* 29
 { XVI. 2. *de episcopis etc.* 32 = I. 4. *de ep. aud.* 6¹⁾
 { XI. 17. *de equor. coll.* 4 = X. 49. *de quibus muneribus* 1²⁾
 { XV. 1. *de op. publ.* 49
 { XI. 39. *de fide test. et instr.* 1
 { XVI. 7. *de apostatis* 4 = 1. 7. *de apostatis* 3

Appare da questo specchietto che anche qui, normalmente, la costituzione conservata è quella che si presenta per prima nell'ordine Teodosiano; se ne può quindi argomentare che i libri del Teodosiano furono escerpiti dai compilatori secondo il loro ordine originario. L'ultimo dei casi sopra elencati potrebbe indurre a credere che il Th. I. XVI possa esser stato escerpito per primo, conforme alla sede che quella materia ha avuto dai compilatori; ma faccio osservare che il fatto che delle due costituzioni Th. { XI. 39. 1 } sia stata conservata, contro { XVI. 7. 4 }

la regola generale, la seconda, più facilmente dipende da ciò che il titolo Th. XI. 39 ha il suo corrispondente non, come i più dello stesso libro, nel C. J. X, ma in sede affatto diversa, e fuori della materia di diritto pubblico (= C. J. IV. 20 *de testibus*; 21 *de fide instrumentorum*), e quindi nello spoglio di questo libro, fatto per raccogliere i materiali di diritto pubblico, fu probabilmente lasciato da parte per utilizzarlo solo a integrazione del materiale privatistico raccolto, per quei titoli, dai codici Gregoriano ed Ermogeniano. La stessa considerazione potrebbe spiegare perchè non appaia seguito il criterio normale nel

gruppo Th. { IX. 40. 16 }
 { XI. 30. 57 } : anche il libro 9° del C. Giust. ha una
 { XVI. 2. 32 }

prevalente base preteodosiana. Piuttosto, il gruppo Th. { I. 2. 9 }
 { XI. 1. 20 }, da cui, applicando il consueto principio, risulterebbe esser stato spogliato

¹⁾ Su questa constit. e la sua derivazione cfr. le mie *Note cit.*, p. 5 dell'estr.: a torto BIENER, *Beiträge*, etc., p. 207, pone come sicura la corrispondenza Th. IX. 40. 16 = J. I. 4. 6.

²⁾ Nonostante la diversità di rubrica, le sedi si corrispondono: cfr. infatti Th. XI. 16 = J. X. 68. Su queste coincidenze meccaniche v. largamente al c. 3°.

il Th. XI prima del Th. I può suggerire l'ipotesi che i compilatori abbiano effettivamente spogliato questo libro I per ultimo, ossia dopo il libro XVI, a cui di fatto fa seguito nella elaborazione giustiniana. Certo è però che lo spostamento di questo gruppo di materiali (Th. XVI + I) dall'ultimo al primo posto - dovuto al rilievo che Giustiniano volle dare alla materia ecclesiastica - è posteriore alla raccolta del materiale medesimo: non mi pare però probabile che esso dati soltanto dalla *repetita praelectio*, anche perchè dell'introduzione di un'alterazione così radicale, e ispirata a una considerazione religiosa, io penso che difficilmente Giustiniano avrebbe taciuto nella costituzione introduttiva (*Cordi*).

(*Continua*).

G. ROTONDI.

LA RESPONSABILITÀ DEL "BONAE FIDEI POSSESSOR"

FINO AL LIMITE DEL SUO ARRICCHIMENTO

NELLA RESTITUZIONE DEI FRUTTI

Il regime della restituzione dei frutti incombente al *bonae fidei possessor* di una *res* o di una *hereditas* è ancora nell'ombra.

Oscuro in molta parte è ancora il regime classico: qua e là incerto è lo stesso regime giustiniano.

Mi propongo in questo studio di rischiarare l'ombra e di togliere via le incertezze.

La restituzione dei frutti nella « *rei vindicatio* ».

Quanto alla restituzione dei frutti, fatta dal *bonae fidei possessor* di una *res*, il mio cammino è aperto. L'averlo aperto fu una delle prime glorie del nuovo metodo esegetico, col quale vengono studiate e approfondite le fonti romane.

Parecchi testi affermano che il possessore di buona fede, convenuto colla *rei vindicatio*, fa suoi i frutti percepiti prima della contestazione della lite.

Si tratta di testi, che conviene tenere presenti.

Fr. Vat. 17 (*Paulus*): *Evictis agris, quanti emptoris interest, iudicio empti lis aestimatur: quod si ab initio convenit, ut venditor pretium restitueret, usurae quoque post evictionem praestabuntur, quamvis emptor post dominii litem inchoatam fructum adversario restituat; nam incommodum medii temporis damnum emptoris est.*

Questo testo è riportato anche nel fr. 18 pr. D. 22. 1.

D. 7. 4. 13 (*Paulus* l. 3° ad Sabinum): ... *Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.*

D. 22. 1. 25. 1 (Iulianus l. 7° digestorum): ... nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fieret. porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. *praeterea cum fructuario pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent?* cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant quoquo modo a solo separati fuerint¹⁾.

D. 22. 1. 28 (Gaius l. 2° rerum cottidianarum). In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli *statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris* et fructuarii.

Alcuni testi affermano esplicitamente l'obbligo alla restituzione incombente al possessore di buona fede dopo la contestazione della lite.

D. 22. 1. 2 (Papinianus l. 6° quaestionum): Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur: cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet *ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet*.

D. 6. 1. 20 (Gaius l. 7° ad ed. prov.): Nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, *si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset*.

Paul. Rec. Sent. 5. 9. 2: *ex die accepti iudicii dupli fructus computantur*.

Questo regime, disciplinante la restituzione dei frutti del possessore di buona fede, è illuminato anche da altre constatazioni. Esse appartengono al nostro Alibrandi²⁾: io qui non faccio che riassumerle³⁾.

Il possessore di buona fede fa suo ciò che proviene dalle *opere*

¹⁾ Il PEROZZI (Ist. I, 441, n. 5) è propenso a ritenere tutto questo periodo « cum fructuarii fuerint » interpolato. Per questa interpolazione mancano, mi sembra, indizi e motivi. Concordo invece con lui nel ritenere interpolato l'inciso seguente: *sicut eius qui vectigalem fundum habet fructus sunt, simul atque solo separati fuerint*.

²⁾ Cfr. *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, in *Opere*, I, p. 319 sgg.

³⁾ Naturalmente, riassumendole, ometto quelle che a me non sembrano esatte.

del servo. Ora, tale categoria di acquisti è costantemente paragonata all'acquisto dei frutti ¹⁾).

Inoltre, la condanna che subisce il possessore di buona fede nei soli frutti percepiti *ex quo lis in iudicium deducta est*, corrisponde perfettamente colle parole della formula pretoria della *rei vindicatio*, giacchè era così concepita:

« Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure quiritorium A. Agerii esse, *neque is fundus A. Agerio restituetur, quanti ea res erit*, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemna, si non paret absolve » ²⁾. *Restituere* significa porre l'attore in quella situazione in cui si sarebbe trovato, se il convenuto avesse reso la cosa nel momento in cui fu contestata la lite.

In terzo luogo. I frutti precedentemente raccolti dal possessore di buona fede non formano più parte del fondo (fr. 44 D. 6. 1 [Gaio]). Per il che bisognerebbe immaginare per ripeter tali frutti una separata rivendicazione, se esistevano, e una *condictio*, se erano consumati: ma queste azioni si davano solo contro i possessori di *mala fede*.

« A *praedone* enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici » (fr. 22 § 2 D. 13. 7 [Ulpiano]).

La stessa cosa insegnano gli imperatori Diocleziano e Massimiano nella l. 3 C. 4. 9:

Mala fide possidens, de proprietate victus extantibus fructibus vindicatione, consumptis vero condictione conventus, eorum restitutioni parere compellitur.

Nello stesso senso parla Gordiano nella l. 4 C. 9. 32.

Finalmente la l. 1 C. th. 4. 18 di Valentiniano (a. 369!) (alterata, ma non a questo riguardo, nella l. 2. C. 7. 51), fa datare la responsabilità del possessore di buona fede pei frutti dal momento della contestazione della lite.

II.

I testi, sin qui veduti, e le considerazioni, sin qui fatte, non decidono il punto se il possessore di buona fede facesse suoi i frutti tutti quanti o quelli soltanto che *suis operis adquisierit*.

¹⁾ Su questo argomento insiste anche, e soprattutto, lo CZYLARZ, *Die Eigentumserwerbsarten des Pandektenrechts de acquirendo rerum domino*.

²⁾ CICERONE, in *Verr. Act.* 2 lib. 2, c. 12; GAIUS, 4, 51.

In realtà noi ci troviamo di fronte a testi contraddittorii. L'acquisto, limitato a questi ultimi frutti, risalta in:

D. 22. 1. 45 (Pomponius l. 22° ad Quinctum Mucium): *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur.*

E appar chiaro per la motivazione inserita in un passo delle Istituzioni (§ 35 I. 2. 1):

Si quis a non domino quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aequae bonae fide acceperit: naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse *pro cultura et cura*.

Al contrario, l'acquisto dei frutti tutti quanti è *esplicitamente* affermato in:

D. 41. 1. 48 pr. (Paulus l. 7° ad Plautium): *Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos ... facit non tantum eos qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini ... est.*

La dottrina romanistica è su questo punto perplessa. Già l'Ubbelohde¹⁾, l'Eisele²⁾, il Pernice³⁾ tentarono di ritenere interpolata la limitazione. Questa via, più recentemente, fu percorsa dal nostro Perozzi⁴⁾. Il quale pensa così.

L'inciso « *pro cultura et cura* » è nelle Istituzioni interpolato. Così interpolato è nel fr. 45 D. 22. 1 tutto l'inciso:

« ... *illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur* ».

Queste interpolazioni, però, nel sistema della compilazione dovrebbero, secondo il Perozzi, ritenersi *espressioni di un proposito di alterazione dell'antico diritto*, che fu poi in realtà abbandonato. L'abbandono sarebbe espresso specialmente nelle parole interpolate del

¹⁾ *Zeitschrift für Rechtsg.*, 11, 253.

²⁾ *Zeitschrift. der Sav. Stift.*, 13, 146.

³⁾ *Labeo*, 2ª ediz., 2, 1, 358.

⁴⁾ *Istituzioni*, 1, 440 n. 2.

fr. 48 pr. D. 41. 1: « *non tantum eos qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes* ».

Reagendo contro i tentativi dell' Ubbelohde, dell' Eisele, del Pernice, il Ferrini¹⁾ ritenne che il principio di attribuire al possessore di buona fede soltanto quei frutti, che veramente provenissero dall' opera sua, fosse stato proposto già dai giureconsulti (Pomponio): ma che, evidentemente per le gravi difficoltà di pratica applicazione, esso fosse stato abbandonato e rimanesse principio generale che *bonae fidei possessor fructus suos facit*.

Questa via a me sembra la giusta, quantunque abbia bisogno di essere meglio tracciata.

Il lungo inciso, ritenuto interpolato nel fr. 45 D. 22. 1 ha, in realtà, tutto l' aspetto di un' aggiunta al testo originario.

« *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur*.

Ma è possibile spiegare la cosa anche senza ammettere che il testo sia stato interpolato. Non bisogna dimenticare che esso costituisce un frammento del libro 22° di Pomponio *ad Quintum Mucium*. Niente di più probabile, quindi, che con le parole *illos tamen* etc. Pomponio apporti una restrizione al principio generale affermato da Quinto Mucio Scevola. Non aggiunta restrittiva, pertanto, fatta dai compilatori alla generale affermazione di Pomponio; ma aggiunta restrittiva fatta da questi al principio enunciato dal primo organizzatore del *ius civile*²⁾.

¹⁾ *Pandette*, 372, n. 1.

²⁾ La stessa cosa, ora affermata da me, è stata, a proposito dei frammenti dei libri di Pomponio *ad Sabinum*, già affermata e resa verosimile dal LENEL, (*Paling. iur. civ.* 2, 187, n. 4) e dallo SCIALOJA, *Due interpretazioni in materia di servitù*, in *Bull. Ist. Dir. rom.*, 1889 (2), 176 sgg. Riferisco un esempio tipico. Nella l. 4 D. 15. 1, dopo aver data una definizione del peculio, si fa una distinzione con le parole:

« *sed hoc ita verum puto, si — si vero... contra puto* ».

Ciò è almeno un indizio — avverte lo SCIALOJA — che la definizione non appartiene a colui che ne fa la critica.

Non è neppure impossibile che l' inciso *illos tamen* etc. non sia di Pomponio (l' inciso, in realtà, formalmente non è impeccabile: *decerpserit vel caedit* — il *fit* senza soggetto). In questo caso non c' è però da pensare ad una alterazione giu-

Il testo non può essere interpolato anche per un'altra considerazione. Il passo ha recato ai Greci notevoli difficoltà.

Heimb. 2. 718:

ἀπὸ ἔργου αὐτοῦ] Ἑρώτησις. Τί οὖν ἐναντιοῦται τὸ κε'. διγ. ἐκεῖ γὰρ καὶ τοὺς μὴ φάκτω αὐτοῦ, ἀλλ' ἐτέρου σπαρέντας εἶπεν εἶναι τοῦ βόνα φῖδε νομέως; Λύσις. Ἀλλὰ φαμεν, ὅτι ἐκεῖ περὶ σπειρομένων εἶπεν ὁ νομικός, καὶ ἐν αὐτῷ τῷ κε. διγ. ὁ Ἰουλιανὸς τῷ σάτι ἐχρήσατο ῥήματι. καὶ. ἔστι μὲν αὕτη πιθανή, ἡ ἀπολογία. ἐναντιοῦται δὲ ἡμῖν τὸ ἐνταῦθα κείμενον ῥητόν, ἔχον καὶ αὐτὸ σέρενδο, καὶ διὰ τοῦτο ἐναντιωτάτόν ἐστι τὸ θέμα. σημείωσαι αὐτὸ διὰ τὸ κείμενον ἐν τῷ γ'. τῶν δὲ ἰουδίκις βιβ. τιτ. δ'. διγ. ιγ'. Παύλου ῥητῶ.

Ἀναγνώθι διγ. κε'. καὶ βιβ. ζ. τιτ. δ'. διγ. ιγ'. ἦτοι βιβ. ις'. τιτ. δ'. καὶ βιβ. κδ'. τιτ. α'. διγ. ιζ'. ἦτοι βιβ. λ'. τιτ. α'. Ἀνάγνωθι τὸν Ἐναντιοφανῆ βιβ. μα'. τιτ. α'. διγ. μη'. ἦτοι βιβ. ν'. τιτ. α'. φησὶ γὰρ, ὅτι ὁ καλῆ πίστει νομέως πάντας τοὺς καρπούς καὶ οὐ μόνους, οὓς αὐτὸς ἐγεώργησε, κερδαίνει, ὅτε τῆς γῆς χωρισθῶσιν. ἐμφαίνει δὲ τὸ ῥητόν, ὅτι καλῆ πίστει νομέως ἐστὶν ὁ ἀνὴρ ἐπὶ τοῖς παρὰ τῆς γαμετῆς αὐτῷ δωρηθεῖσιν. ἐν δὲ τῷ νζ'. διγ. τοῦ α'. τιτ. τοῦ μα'. βιβ. ἦτοι βιβ. ν'. τιτ. α'. φησὶν, ὅτι ὁ παρὰ τοῦ ἀνδρὸς τῇ γυναικὶ δωρηθεὶς οὕτε τὰ ἐκ τῶν πράγματων αὐτῆς προσπορίζει αὐτῇ. τοῦτο γὰρ ἐπὶ τῶν καλῆ πίστει δοουλεύοντων κρατεῖ. ὅπερ ὁ Κοβίδας ἐπιλούμενος ὑπέθετο τὸν δοῦλον εἰδέναι το ἀληθές. Ἀνάγνωθι βιβ. κδ'. τιτ. α'. διγ. ιζ'. καὶ ιθ'. ἦτοι βιβ. λ'. καὶ γνώση, ὅτι τοὺς καρπούς κερδαίνει τοῦ δωρηθέντος παρὰ τοῦ συνοικοῦντος προσώπου, οὐ μὴν τὰ προσποριζόμενα διὰ τοῦ δωρηθέντος δούλου.

Non si può, quindi, ammettere che l'acquisto dei frutti, limitato a quelli soltanto che il possessore di buona fede *suis operis adquisierit*, sia una, anche semplicemente tentata, innovazione bizantina, se proprio i Bizantini stessi si meravigliano del dettato del testo di Pomponio che a tale limitazione accenna e mal lo sanno interpretare e con gli altri armonizzare.

stiniana, ma piuttosto ad una glossa post-classica, esponente una dottrina che non incontrò il favore di Giustiniano e che qui Giustiniano per dimenticanza lascerebbe sopravvivere. Per queste dottrine post-classiche, che Giustiniano reprime, cfr. il bel lavoro di ROTONDI, *Dolus ex contractu e dolus ex delicto*, in *Ann. dell' Univ. di Perugia*, 1913.

Quanto al passo delle Istituzioni (§ 35 I. 2. 1) non v'è nessun indizio che possa far ritenere le parole « *pro cultura et cura* » un'aggiunta compilatoria.

Se non che io, pur ritenendo genuini il fr. 45 D. 22. 1 e il § 35 I. 2. 1, credo col Perozzi interpolato il fr. 48 pr. D. 41. 1:

« Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos... facit [*non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes*], quia quod ad fructus attinet, loco domini... est ».

L'inciso « *non tantum... omnes* » è certamente compilatorio. Ri-levo anche qui ¹⁾ uno dei tanti compilatorii « *non tantum... sed* », il verbo « *pervenerunt* » sospeso. Ma dall' interpolazione così avvertita io non traggo quella, già a tutta prima abbastanza inverosimile, conclusione che ne trae il Perozzi.

Questi, ritenuta giustiniana la limitazione nell'acquisto dei frutti affermata nel fr. 45 D. 22. 1 e nel § 35 I. 2. 1, avverte che nel fr. 48 pr. D. 41. 1 i compilatori abbandonarono il proposito di alterazione dell'antico diritto.

L'osservazione non è esatta, soprattutto perchè, essendo state le Istituzioni compilate dopo il Digesto, si avrebbe lo strano risultato che i compilatori prima interpolarono in un senso il testo di Pomponio, poi *nel senso opposto* il testo di Paolo, infine - ricedendosi un'altra volta - ancora nel primo senso il passo delle Istituzioni. Questa leggerezza è nei compilatori inammissibile.

Io credo col Ferrini che il principio di far acquistare al possessore di buona fede soltanto quei frutti che egli *suis operis adquisierit* sia stato in realtà già addotto da una corrente di giureconsulti. Se si potesse stabilire con certezza l'appartenenza di Pomponio alla scuola Sabiniana ²⁾, dato che il § 35 I. 2. 1 deriva secondo la congettura ferriniana da Gaio, che a quella scuola apparteneva, si potrebbe anche

¹⁾ Cfr. E. ALBERTARIO, *Rend. Ist. Lomb.* (1913), p. 852.

²⁾ La dottrina dominante ritiene POMPONIO Sabiniano (fra i più antichi DIRSEN e ZIMMERN; fra i più recenti REIN, RUDORFF, SCHULIN, LEONHARD, VOIGT, KALB, FITTING, KIPP): alcuni al contrario, lo dicono PROCULEIANO (BAVIERA, sulle orme del BOKELN); altri, finalmente, lo escludono dall'una e dall'altra scuola (KUNTZE, FERNICE, FERRINI, BRINI, COSTA). Recentemente (cfr. *B. I. D. R.*, 1901, 14, 19) reagì energicamente contro l'opinione dominante lo SCIALOJA, presso il quale c'è in" torno a questo punto controverso un largo apparato bibliografico.

pensare che quel principio finì col maturare in essa e si rivela come una sua *tarda tendenza*.

Certo, sia esso l'affermazione dell'opinione isolata di alcuni giuristi, o la manifestazione di una tendenza di scuola, non trionfò. E Giustiniano - io credo - (non Paolo, come vuole il Ferrini) sentì il bisogno di reagire interpolando:

Bonae fidei emptor... fructus suos... facit [*non tantum eos qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes*].

Il testo di Pomponio nel Digesto, il passo di Gaio nelle Istituzioni hanno il valore di semplici testimonianze storiche, come infinite altre volte accade.

III.

Tutto ciò premesso, è possibile concludere che il possessore di buona fede nel diritto romano classico faceva suoi i *frutti percepiti prima della contestazione della lite* in ordine alla cosa principale (*rei vindicatio*). Solo qualche giureconsulto (Pomponio, Gaio), appartenente all'epoca della giurisprudenza culta, affermò che il possessore di buona fede dovesse acquistare soltanto i frutti che *suis operis adquisierit*: ma questa corrente non riuscì a trionfare; le tracce di essa, che il *Corpus iuris* conserva, non hanno, nel sistema della compilazione giustinianea, importanza dogmatica ma valore puramente storico.

Questo risultato, però, a cui i testi già visti e le considerazioni già fatte conducono, è messo in dubbio da una numerosa serie di testi, in cui vien detto che il possessore di buona fede fa suoi soltanto i frutti *consumati* prima della contestazione della lite, deve restituire quelli che al momento della contestazione della lite esistono ancora.

Anche a questo riguardo conviene tenere presenti i testi.

I. 2. 1. 35: Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aequae bona fide acceperit; naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus [*ab eo consumptis*] agere non potest.

I. 4. 17. 2: Et si in rem actum sit, sive contra petitem iudicavit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, iubere eum debet, ut ipsam rem restituat cum fructibus... si vero bona fide possessor fuerit non habetur ratio [*consumptorum neque*] non perceptorum: post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt [*vel percepti consumpti sunt*].

D. 10. 1. 4. 2 (Paulus l. 23^o ad ed.): Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio: nam et culpa et dolus exinde praestantur. sed ante iudicium percepti, non omnimodo hoc in iudicium venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, [*si eos consumpsit*], aut mala fide, et condici oportet.

D. 20. 1. 1. 2 (Papinianus l. 11^o responsorum): Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. eos [*consumptos*] bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione domini separatur: quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt.

D. 25. 5. 1. 3 (Ulpianus l. 34^o ad ed.): Interest autem eius qui experitur admissum alium in possessionem non fuisse, [*cum forte bona fide fructus perceptos consumpserit, aut*] si praedo venerit in possessionem, a quo fructus consequi non possit, quia solvendo non est.

D. 41. 1. 48 pr. (Paulus l. 7^o ad Plautium): Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos [*interim*] facit [*non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes*], quia quod ad fructus attinet, loco domini [*paene*] est.

D. 41. 3. 4. 19 (Paulus l. 54^o ad ed.): Lana ovium furtivarum si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. idem in agnis dicendum, [*si consumpti sint*], quod verum est.

D. 41. 1. 40 (Africanus l. 7^o quaestionum): etenim simul haec fere cedere, ut, quo casu fructus praediorum [*consumptos*] suos faciat bona fide possessor, eodem per servum ex opera et re ipsius ei adquiratur.

D. 42. 1. 41. 1 (Paulus l. 14^o quaestionum): Fundum quis donavit: si non restituat, ut quisvis possessor damnandus est: si autem fundum

restituit, fructuum nomine, *si non eos consumpsit*, in solidum condemnandus est: potuit enim non periclitari, si statim restituisset; si dolo desiit possidere, in litem iurabitur et tanti sequetur condemnatio.

D. 20. 1. 16. 4 (Marcianus l. singulari ad formulam hypothecariam): Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. quid enim si minoris sit praedium quam debeatur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, *nisi extant et res non sufficit*.

C. 3. 32. 22 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Ianuario): Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero [*extantes*] post litis [*autem*] contestationem [*universos*] (a. 294).

IV.

Fino al Göppert¹⁾ la dottrina romanistica, avendo dinanzi testi così contraddittori, cercava di attenuare l'irriducibile contrasto col dare speciale rilievo a quei testi, che obbligano il bonae fidei possessor alla restituzione dei frutti *extantes*. La vecchia esegesi non osava andare più in là.

Ma la contraddizione dei testi era così palese, che il bisogno di risolverla premeva ed urgeva sempre più.

Si presentò il sospetto che i due diversi principî, affermati nei testi, fossero il frutto di due momenti storici diversi. Così il Thomsen²⁾ disse che la restituzione dei *fructus extantes*, incombente al possessore di buona fede, doveva essere ignota all'antico diritto romano, ma affermata attraverso la seconda opera (egli la chiama « *Agitation* ») della giurisprudenza classica: il risultato di questo svolgimento storico sarebbe stato proclamato da Diocleziano nella costituzione dell' a. 294 (c. 22 C. 3. 32).

E, come il Thomsen, il Dernburg « Das Reskript Diokletians -

¹⁾ Ueber die organischen Erzeugnisse. Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht. Halle. 1869, p. 127-143.

²⁾ Cit. in WINDSCHEID-KIPP, Pandekten, 9^a Aufl., p. 958 sgg., § 186.

scrive quest'ultimo - scheint einen durch die Praxis eingeführten Rechtssatz bestätigt zu haben »¹⁾).

I romanisti francesi attribuirono nettamente la riforma a Diocleziano. Spiccano tra essi il Pellat²⁾ e l'Accarias³⁾.

L'Accarias, ad esempio, rilevava sembrargli verosimile che la riforma diocleziana fosse dovuta alla tendenza di assimilare il possessore di una cosa particolare al possessore d'una eredità. E concludeva:

« La logique me force à admettre l'altération de tous les textes du Digeste qui limitent le droit du possesseur de bonne foi aux fruits déjà consommés. Il y en a même où elle s'accuse avec évidence et indépendamment de tout rapprochement avec d'autres textes (l. 4 § 19 D. de usurp. et usuc.) ».

I più arditi si spinsero anche più innanzi: ritennero trattarsi di una riforma giustiniana.

Così accadde che già nella seconda metà del secolo scorso, prima ancora che la ricerca delle interpolazioni avesse la sua base nella fondamentale opera del Gradenwitz, la contraddittorietà dei testi si cercò di eliminare con l'asserire che i compilatori giustiniani avevano alterato i testi.

Nessuno - neppur chi direttamente e solamente studiò questo punto - sottopose ad analisi critica tutti quanti i testi, dai quali il possessore di buona fede è obbligato alla restituzione dei *fructus extantes*. Ma, o dall'uno o dall'altro critico, i testi furono si può dir tutti quanti studiati.

È da segnalare che l'ardimento non fu di uno solo. Parecchi studiosi giunsero allo stesso risultato, l'uno non sapendo dell'altro.

Così l'innovazione giustiniana fu affermata da uno scrittore russo, il Kremlow, in una monografia edita nel 1868, che ebbe poi nel 1894 una traduzione tedesca dal titolo: *Bonae fidei possessor fructus suos facit*.

Nel 1871, completamente ignaro della monografia del Kremlow, affermava e dimostrava largamente la stessa cosa, col suo solito ardito e penetrante spirito, il nostro Alibrandi⁴⁾.

¹⁾ Cfr. *Pandekten*, I, § 205, p. 477.

²⁾ Cfr. la sua *Propriété*, p. 306.

³⁾ Cfr. i *Précis de droit romain*, I, p. 598 (ed. 1882).

⁴⁾ *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871, p. 126; *Opere*, I, p. 324.

Oggi è questa l'opinione generale¹⁾.

I compilatori volevano fissare la regola che il possessore di buona fede deve restituire i frutti, che ha ancora presso di sé al momento della rivendica, i frutti che essi testualmente nella interpolata c. 22 C. 3. 32 chiamano « *extantes* ». Perciò, dove i giureconsulti dicevano che *bonae fidei possessor fructus suos facit*, essi interpolano la loro norma restrittiva mediante le locuzioni « *consumptos, si eos consumpsit* », per le quali il principio classico è profondamente alterato. Non interpolano dappertutto: alcuni testi, come abbiamo visto (l. 25 D. 22. 1, l. 28 D. eod., l. 13 D. 7. 4), conservano ancora il classico principio.

Questa dimenticanza o, forse meglio, questa tendenza dei compilatori di mutare alcuni testi e di serbare intatti altri, è stata quella che anche qui ha giovato per scoprire la sovrapposizione del diritto nuovo al diritto antico.

Essendo la scoperta di queste interpolazioni una delle più sicure e pacifiche conquiste della nuova esegesi, reputo inutile il soffermarmi su testi già da parecchi scrittori studiati²⁾.

¹⁾ ZACHARIAE, *Institutionen*, p. 236 sg.; CZYLARZ, *Die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels de adquirendo rerum dominio*, p. 571 sgg.; PERNICE, *Labeo*, 2, 1, 353; ECK, *ZR. f. HR.* 36, 323 sg.; FERRINI, *Pandette*, p. 373; PEROZZI, *Ist.*, BONFANTE, *Ist.*, etc. — Singolare è la posizione del LEINWEBER, *Die hereditatis petitio*, Berlin 1899, p. 144 sgg., il quale, dopo aver riferito il risultato dello CZYLARZ, osserva:

« Ich kann dem nicht zustimmen. Die Hand der Kompilatoren vermag ich nur an drei Stellen zu erkennen: l. 4 § 2 D. 10. 1; l. 40 D. 41. 1; § 2 l. 4. 17 ». Più singolare ancora è la posizione del PETRAZYCKI, *Fruchtverteilung*, p. 146 sgg., il quale nega qualsiasi interpolazione. Ma di questo, parziale o totale, dissenso non c'è proprio da preoccuparsi, tanto è inverosimile!

²⁾ Essi sono i seguenti: § 35 l. 2. 1 [*ab eo consumptis*]: l'interpolazione è erroneamente indicata in KRÜGER, *Dig.* 1911; § 2 l. 4. 17 [*consumptorum neque*]: l'alterazione è indicata, ma non esattamente, dal KRÜGER, l. cit., il quale poi omette di segnalare l'interpolazione, con questa connessa, dell'inciso [*vel percepti consumpti sunt*]; l. 4 § 2 D. 10. 1 [*si eos consumpsit*] (ZACHARIAE-KRÜGER; ALIBRANDI); l. 1 § 2 D. 20. 1 [*consumptos*] (KREMLOW-KRÜGER); l. 1 § 3 D. 25. 5 [testo sicuramente interpolato]; l. 16 § 4 D. 20. 1 [*nisi extant et res non sufficit*] (LENEL-KRÜGER): il testo è però più largamente interpolato; l. 40 D. 41. 1 [*consumptos*] (KREMLOW-KRÜGER; ALIBRANDI); l. 48 pr. D. eo t. [*interim*] (CZYLARZ-KRÜGER; ALIBRANDI); l. 4 § 19 D. 41. 3 [*si consumpti sint*] (KREMLOW-KRÜGER; ALIBRANDI); l. 41 § 1 D. 42. 1: interpolazione non precisamente determinata (ALIBRANDI); l. 22 C. 3. 32 [*extantes; autem; universos*] (ALIBRANDI). — Di fronte a

L'innovazione giustiniana spicca anche attraverso una omissione dai compilatori eseguita in un paragrafo delle Istituzioni.

Il § 37 I. 2. 1 avverte:

In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana; itaque agni et haedi et vituli et equuli statim naturali iure domini fructuarii sunt.

Questo passo è tolto dal libro 2° *aureorum* di Gaio, ed è riportato più intero nel fr. 28 D. 22. 1:

In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana, itaque agni haedi et vituli statim pleno iure sunt *bonae fidei possessoris et fructuarii*.

Perchè - si chiedeva l'Alibrandi¹⁾ - qui compare il possessore di buona fede e sparisce nelle Istituzioni? E rispondeva: la ragione non è oscura. Perchè il diritto è stato cambiato.

Io, poi, credo che l'innovazione giustiniana risalti in un altro testo, da un'altra parola che, secondo me, i compilatori introdussero nel testo classico per adattarlo meglio al nuovo stato di cose.

Il fr. 48. pr. D. 41. 1 avverte:

Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos [interim] facit [non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes], quia quod ad fructus attinet, loco domini [*paene*] est.

L'interpolazione della parola « *interim* » è stata già rilevata (Cyzlarz-Krüger, Alibrandi): così pure rilevata è stata l'interpolazione dell'inciso « *non tantum - sed omnes* » (Perozzi, Albertario).

Qui io voglio rilevare che è, secondo ogni verosimiglianza, compilatoria la parola « *paene* ». Il possessore di buona fede nell'epoca classica si poteva proprio, quanto all'acquisto dei frutti, considerare come un *dominus*. In questo testo, perciò, Paolo doveva avvertire:

*Bonae fidei emptor... quod ad fructus attinet, loco domini est*²⁾.

questa costituzione del 294, ve ne ha una del 369, che mantiene l'antico principio (c. 1 C. th. 4. 18). Ciò induce ancora una volta a far datare l'innovazione da Giustiniano, anziché da Diocleziano, come la scuola francese voleva.

¹⁾ *Opere*, I, p. 323.

²⁾ Le fonti classiche non danno altra ragione dell'acquisto dei frutti spettanti al possessore di buona fede se non che egli è paraggiato al proprietario. Osserva bene il PEROZZI (Ist. I, 440, n. 1) che evidentemente questa non è una ragione. Ma il ricercarla non entra ora nell'ambito di questo studio.

I compilatori, invece, non potevano più dire altrettanto se nella nuova epoca il *bonae fidei possessor* era obbligato alla restituzione dei frutti *extantes*. Perciò scrivono:

Bonae fidei emptor... quod ad fructus attinet, loco domini paene est.

L'innovazione giustiniana in questo campo è di quelle meno bene eseguite. Produsse un vero scompiglio dei testi. Esso è stato egregiamente rilevato dall'Alibrandi¹⁾, di cui mi piace riferire qui le testuali parole.

« (C'è) contraddizione tra quelli che ammettono il dominio acquistato *statim* colla percezione, e quei che lo riconoscono nell'atto della consumazione. Contraddizione tra i luoghi che assimilano l'acquisto dei frutti al lucro fatto coll'opera dei servi posseduti in buona fede, e i testi che v'inducono una grave differenza. Contraddizione tra i passi che riguardano il paragone tra il possessore di buona fede e l'usufruttuario: giacchè in alcuni appare più vantaggiosa la condizione del primo, in altri quella del secondo. Contraddizione infine tra i testi che trattano dei frutti percepiti in mala fede, mentre alcuni accennano alla necessità di una doppia azione, *condictio* pei consumati, e *vindicatio* per quei che esistono, distinta dalla petizione della cosa fruttifera; in altri poi s'insegna che in questa sola azione si conseguiscono capitale e frutti, siano esistenti, siano consumati. È deplorabile come pochi greci del VI secolo, d'ingegno assai limitato, abbiano potuto farsi giuoco di tanti dotti che si applicarono a spiegare il diritto romano ».

V.

La *portata* dell'innovazione giustiniana non è stata finora esattamente valutata dai più: la sua *ragion d'essere* non è mai stata bene intesa.

Che cosa propriamente significa che il possessore di buona fede fa suoi i *frutti consumati*?

Generalmente a questa domanda si suole rispondere col dire che egli fa suoi i frutti che più non esistono presso di lui, *anche il valore*

¹⁾ *Opere*, I, p. 324.

di quei frutti che sono stati da lui alienati. L'alienazione viene, dall'opinione dominante, intesa come un modo di « *consumere fructus* ».

Contro l'opinione dominante si alzò la voce del Pandettista più celebre, il Windscheid, a dichiararla non giusta¹⁾. Oltre vari altri argomenti, egli richiama la l. 6 § 11 C. 5. 9 (una costituzione dell'imperatore Leone dell'a. 472) in cui le « *res consumptae* » sono opposte alle « *res alienatae* ».

Quanto al motivo che determinò l'innovazione giustiniana, si può dire che esso fin qui è stato inesplorato. Un breve diretto accenno è nelle Pandette del Ferrini; un accenno affatto incidentale è in un forte studio del Riccobono.

Il Ferrini²⁾ si limita ad osservare: « La riforma fu in parte agevolata dalla nuova procedura ».

Non adduce *tutto* il motivo (*in parte* agevolata): nè, propriamente, adduce un *vero* motivo, in quanto ciò che *agevola* una riforma, non è ciò che la promuove.

Intesa con questa circospezione l'osservazione del Ferrini è giusta.

La formula pretoria della *rei vindicatio* era, come già abbiamo veduto, la seguente:

« Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium A. Agerii esse, *neque is fundus A. Agerio restituetur*, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemna; si non paret, absolve ».

A questa formola corrispondeva precisamente la condanna che subiva il possessore di buona fede nei soli frutti percepiti *ex quo lis in iudicium deducta erat*.

Pertanto, l'ostacolo, che per la riforma giustiniana costituiva la procedura formulare classica, scomparve nel periodo romano-ellenico collo scomparire della procedura formulare stessa.

¹⁾ Cfr. *Pandekten*, 9^a Auflage (KIPP), p. 962: « Die herrschende Meinung – und in dieser Beziehung schliesst sich ihr auch GÖPPERT an – lässt den redlichen Besitzer das für die veräusserte Frucht Erhaltene unbedingt behalten, indem sie in dem Veräussern an sich bereits ein *consumere* sieht. Das ist aber nicht richtig ».

Dello stesso avviso del WINDSCHEID sembra il BONFANTE, che scrive (*Istituzioni*, 5^a ed., § 86, n.): « Di fronte alla *hereditatis petitio* la regola giustiniana è in sostanza anticipata nel diritto classico ».

²⁾ *Pandette*, p. 374, n.

Ma, dopo l'osservazione del Ferrini, il motivo che determinò la riforma giustiniana, è ancor da cercare.

Il Riccobono affacciò, incidentalmente¹⁾, un motivo economico.

« I compilatori d' Oriente - egli osserva - avevano innanzi agli occhi un sistema di economia più evoluto, almeno nelle linee generali, di quello vissuto dai giuristi romani, come la stessa codificazione giustiniana attesta in varii punti. In essa infatti si allargò considerevolmente la sfera dei poteri dell' usufruttuario, che troviamo avvicinata di molto a quella dell'enfiteuta; e nel possesso di buona fede si fece obbligo al possessore di restituire i *fructus extantes*, limitando in questo senso la regola del diritto classico, che attribuiva invece tutti i frutti alla buona fede ».

E fa sua una vecchia osservazione del Windscheid²⁾ avvertendo che l'epoca riformatrice considera i frutti destinati al consumo, non al risparmio e quindi alla circolazione.

Neppure questa spiegazione, del resto incidentale, del Riccobono coglie nel segno.

Il motivo determinante della riforma giustiniana dev'essere cercato in quella rigogliosa vasta caratteristica tendenza della nuova epoca, che io in una lunga serie di scritti mi sono accinto a mettere in luce. L'obbligo, incombenente al possessore di buona fede, di restituire i frutti *non consumati*, è una delle molteplici manifestazioni della tendenza giustiniana, diretta a colpire l'arricchimento, dovunque lo trovi.

Che sia così, la luce, che io spero venga dalle altre mie ricerche, non deve far dubitare.

E ammesso - come a me sembra che si debba ammettere - che l'obbligo, incombenente al possessore di buona fede, di restituire i frutti *non consumati*, deriva dalla tendenza giustiniana di colpire l'arricchimento, appar chiaro come sia fondata l'opinione del Windscheid, il quale ritiene che restituire i frutti *non consumati* voglia dire restituire *i frutti di cui il possessore di buona fede si è arricchito*: o i frutti stessi, se ancora esistono presso il possessore, o il loro valore, se già alienati.

¹⁾ Sull' « usus » in *Studi per V. Scialoja*, pp. 594-5.

²⁾ *Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigten Bereicherung*, 1878, p. 24.

Se dubbii intorno a ciò ancora esistessero, la seconda parte di questa indagine, che ora mi propongo di svolgere, li farà scomparire.

La restituzione dei frutti nella « *hereditatis petitio* ».

I.

Se, nel campo della *rei vindictio*, il motivo ispiratore della riforma giustiniana non è stato esattamente indicato ed è stato soprattutto trascurato; se la riforma stessa è stata non esattamente valutata dall'opinione ancora oggidì dominante; se, oltre ciò, altri punti - per quanto di secondaria importanza - erano stati poco chiariti, un gran passo tuttavia erasi fatto: la riforma era stata da tempo scoperta: l'interpolazione dei testi da tempo segnalata.

Nel campo della *hereditatis petitio*, invece, tutto è ancora da fare tutto è ancor da chiarire. La dottrina dominante, che intende in quel modo, che ho più sopra indicato, la riforma giustiniana e il significato dell'espressione « *consumere fructus* », si è chiusa la via al fare ed al chiarire. La luce che veniva da un importantissimo testo, che or ora considereremo, e che poteva illuminare l'indagine, fu cacciata indietro.

Tutta la dottrina romanistica ha, a questo riguardo, una sola opinione. Io mi limito a qualche citazione, soltanto.

Il Ferrini, dopo aver accennato al regime classico e al regime giustiniano dell'acquisto dei frutti spettante al possessore di buona fede di una *res*, osserva:

« Le cose fin qui ragionate si applicano al possesso di cose singole e alla *rei vindictio*. Al contrario i frutti percepiti delle cose ereditarie *aumentano il patrimonio ereditario*, e, formando parte di questo, possono essere rivendicati coll'azione generale anche dal possessore di buona fede »¹⁾.

E in un altro luogo delle sue Pandette, dopo aver accennato al Senatoconsulto, dai moderni detto giuvenziano (129 d. Cr.), dal quale scaturirono le norme regolatrici della *hereditatis petitio*, avverte:

¹⁾ Pandette, p. 375.

« I frutti delle cose ereditarie *augent hereditatem*; infatti qui non si rivendicano le singole cose, ma si afferma la qualità di erede, che dà diritto a quei frutti. Quindi anche il possessore di buona fede deve rendere i frutti, sebbene percetti prima della *litis contestatio*, purchè li abbia tuttora nelle mani o siasi arricchito colla loro alienazione » ¹⁾.

Lo stato attuale della dottrina romanistica si può, pertanto, riassumere così.

Nel diritto classico il possessore di buona fede di una cosa singola acquistava i frutti percepiti prima della *litis contestatio*: il possessore di buona fede di una eredità era tenuto a restituire i frutti di cui si era arricchito. I frutti, si dice, formavano parte del patrimonio ereditario e precisamente a questo riguardo valeva la regola, stabilita dal Senatoconsulto giuvenziano, che il possessore di buona fede, convenuto con la *hereditatis petitio*, doveva rendere all'erede la eredità o le sue parti come si trovavano al momento della *litis contestatio*: doveva, in altre parole, rendere ciò di cui si trovava in quel momento, per l'eredità più ricco.

Nel diritto giustiniano rimase inalterata la posizione del possessore di buona fede di una eredità: mutò invece quella del possessore di buona fede di una cosa singola. Questi ora non acquista tutti i frutti percepiti prima della *litis contestatio*, ma soltanto i *fructus consumpti*: deve restituire i *fructus extantes*.

Compiutasi la riforma giustiniana nel campo della *rei vindictio*, esiste ancora una differenza tra la posizione del possessore di buona fede di una cosa singola e quella del possessore di buona fede di una eredità?

Su questo punto la dottrina romanistica non è concorde.

L'opinione dominante, che ritiene dover il possessore di buona fede di una cosa singola restituire i frutti non consumati e frutti consumati ritiene anche quelli alienati, risponde: sì!

Il Windscheid, invece, che ammette dover il possessore di buona fede restituire i frutti non consumati e frutti consumati non ritiene quelli alienati in quanto il prezzo *succedit in locum rei*, deve rispondere: no!

¹⁾ p. 802.

II.

La mia indagine ha, ora, uno scopo chiaro, semplice.

Dimostrare, innanzitutto, che il possessore di buona fede di una eredità *nel diritto classico* faceva suoi i frutti percepiti prima della *litis contestatio* in quel modo stesso che faceva suoi questi frutti il possessore di buona fede di una cosa singola. Dimostrare, in secondo luogo, che *nel diritto giustiniano* dire che il possessore di buona fede è obbligato a restituire i frutti *non consumati* è precisamente la stessa cosa che dire che il possessore di buona fede è obbligato a restituire i frutti *di cui si è arricchito*.

Concludere, infine, che quest'obbligo imposto al possessore di buona fede, vuoi di una cosa singola, vuoi di una eredità, è una delle manifestazioni più cospicue di quella tendenza giustiniana da me posta in luce, che ammette la responsabilità dove trova un arricchimento e che il *limite* dell'arricchimento costituisce *misura* della responsabilità.

Per far ciò occorre ritornare alle fonti. Occorre vederle bene e, più di ogni altra cosa, vederle tutte.

È necessario, innanzitutto, tener presente il Senatoconsulto giulieniano. Questo, tra l'altro, dispone così (fr. 20 § 6 a D. *de hereditatis petitione* 5. 3):

« Cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, *hi, qui se heredes esse existimant*, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae *usuras non esse exigendas* idemque in similibus causis servandum ».

È noto che il SC. riguardava un caso particolare, cioè di eredità caduche spettanti all'erario; e che, però, la giurisprudenza ne estese le disposizioni a tutte le *hereditatis petitiones*.

Si confronti, ora, questa disposizione del SC. con la c. 1 C. *de hereditatis petitione* 3. 31:

(Imp. Titus Aelius Antoninus A. Augurino proconsuli Africae) Senatus consultum auctore divo Hadriano avo meo factum, quo cautum est, quid et ex quo tempore evicta hereditate restitui debeat, non solum ad fisci causas, sed etiam ad privatos hereditatis petitores pertinet. Usuras vero pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditariarum rerum ab eo factae qui antea possidebat col-

lectas nec non etiam fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, [*nisi ex his locupletiores extiterunt*]. Post litem autem contestatam tam fructus non venditarum rerum, non solum quos percipiunt, sed etiam quos percipere poterant, quam usuras pretii rerum ante litis contestationem venditarum ex die contestationis computandas [*omnimodo*] reddere compellantur (a. 170).

Il confronto di questa costituzione col tenore del Senatoconsulto dimostra all'evidenza l'interpolazione dell'inciso «*nisi ex his locupletiores extiterunt*» e della parola «*omnimodo*».

Secondo il Senatoconsulto i possessori di buona fede (*hi, qui se heredes esse existimant*) non dovevano (s'intende, prima della *litis contestatio*) restituire gli interessi del denaro ricavato dalla vendita delle cose ereditarie.

Questa costituzione doveva affermare lo stesso principio: prima della *l. contestatio* i possessori di buona fede non sono tenuti a restituire nè i frutti delle cose ereditarie, nè gli interessi del danaro ricavato dalle cose ereditarie vendute.

Giustiniano, che vuole obbligare i possessori di buona fede di una eredità a restituire i frutti (intesi in senso ampio) di cui si sono arricchiti, precisamente come obbliga i possessori di buona fede di cose singole, aggiunge l'inciso «*nisi ex his locupletiores extiterunt*»

L'interpolazione, così eseguita, non era sufficiente.

La costituzione continuava coll'avvertire che, mentre i possessori di buona fede non sono tenuti a restituire i frutti (*tam fructus quam usuras*) prima della *litis contestatio*, devono dopo questo momento restituirli.

Giustiniano non poteva lasciar correre un'affermazione simile. Stonava colla sua innovazione: stonava coll'inciso interpolato nel precedente periodo. Per lui i frutti, di cui i possessori di buona fede eransi arricchiti, dovevano essere restituiti *anche prima della contestazione della lite*. Perciò interpola «*omnimodo*»¹⁾. E così il tenore della costituzione è cambiato.

¹⁾ Il valore di «*omnimodo*» spiega chiaramente TALELEO nei Basilici avvertendo che con ciò si vuol dire che frutti e interessi si devono restituire dopo la l. c. in ogni caso, anche se degli uni e degli altri non vi è stato arricchimento:

Πρόσκειται εἰς τὸ κατὰ πόδας, παντὶ τρόπῳ· καὶ φησὶν ὁ Θαλέλαιος, τουτίστιν, εἴτε γέγονε πλουσιώτερος, εἴτε μῆ'.

L'imperatore classico diceva che i possessori di buona fede di una eredità non sono obbligati a restituire nè frutti nè interessi *prima della contestazione della lite*: l'obbligo sorge soltanto *dopo questo momento*.

Giustiniano dice una cosa ben diversa. Afferma che i possessori di buona buona fede devono restituire i frutti e gl'interessi, *di cui si sono arricchiti*, prima della litis contestatio: devono restituire e frutti e interessi, anche se non v'è stato arricchimento (*omnimodo!*) dopo la contestazione della lite.

Rilevo, anche, che Giustiniano altera la costituzione classica con costruzioni e parole che gli son care: *nisi, omnimodo*.

L'innovazione giustiniana è già chiara. Traspare luminosa da questo interessantissimo confronto.

Ma vi ha un testo, forse ancor più importante, nel quale l'innovazione spicca e risalta ancor più, perchè è fusa con l'innovazione fatta nel campo della *rei vindicatio*. Bisogna proprio tener chiusi gli occhi per non vederla.

Il § 2 I. 4. 17 avverte, a un certo punto, così:

Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione. illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio paene fit, si praedo fuerit. si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio [*consumptorum neque*] non perceptorum: post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt [*vel percepti consumpti sunt*].

Il passo deriva, come rileva il Ferrini¹⁾, dalle *Res Cotidianae* di Gaio.

Il primo periodo:

« Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione »,

ha indizi linguistici chiaramente gaiani: « eadem... interveniunt »; « eadem... quae diximus »²⁾.

Ammessa la genuinità di questo periodo, noi possiamo cominciare a concludere che l'acquisto dei frutti, spettante al possessore

¹⁾ *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Bull. Ist. Dir. rom.* (13), 1901.

²⁾ FERRINI, *loc. cit.*

di buona fede, era regolato *durante l'epoca classica* nello stesso modo, sia che oggetto del possesso fosse una cosa singola, sia che oggetto del possesso fosse una eredità. E, siccome è opinione ormai generale - e, soprattutto, opinione *inconfutabile* - che il possessore di buona fede di una cosa singola facesse, *durante l'epoca classica*, suoi i frutti acquistati prima della contestazione della lite, così noi dobbiamo ritenere che non diversa fosse la condizione del possessore di buona fede di una eredità.

La dichiarazione gaiana, riferita al diritto giustiniano, (che - come tutti, ormai, ammettono - modificò il principio classico nel campo della *rei vindicatio*) ammonisce già per se stessa che l'uguale innovazione è stata introdotta nel campo della *hereditatis petitio*.

I compilatori delle Istituzioni in tanto non mutarono quella dichiarazione, in quanto - avendo essi apportata la *stessa* innovazione nel campo della *rei vindicatio* e della *hereditatis petitio* - la dichiarazione era ancor vera.

Questo risultato, a cui siamo già giunti, è rassodato dal resto del passo, che contiene precisamente la innovazione giustiniana, contemporaneamente fatta *in utraque actione*: cioè nel campo della *rei vindicatio* e in quello della *hereditatis petitio*:

« illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, *in utraque actione* eadem ratio paene fit, si praedo fuerit. si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio [*consumptorum neque*] non perceptorum: post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt [*vel percepti consumpti sunt*] ».

Che gl' incisi: « *consumptorum neque* », « *vel percepti consumpti sunt* » siano interpolati, non può essere dubbio¹⁾.

L'opinione generale, che ritiene dovuto soltanto a Giustiniano l'obbligo, imposto al possessore di buona fede di una cosa singola di *restituire* i frutti *non consumati*, è costretta ad ammettere le interpolazioni, indicate da me. È costretta, se vuol essere logica.

¹⁾ L'inciso « *consumptorum neque* » è, come ho già avvertito, indicato come interpolato anche dal KRÜGER (*Digesto*, 12^a ed., 1911). È sorprendente come egli non rilevi l'interpolazione dell'inciso successivo. Naturalmente, poi, dalla segnalazione di quella importantissima interpolazione il KRÜGER non coglie quel frutto che io cerco di cogliere in questa indagine.

Ammesse le interpolazioni, così indicate, ecco che cosa ne risulta. Risulta che nessuna differenza Giustiniano voleva porre tra il possessore di buona fede di una cosa singola e il possessore di buona fede di una eredità: che l'innovazione eseguita nel campo della *hereditatis petitio* corrispondeva perfettamente a quella eseguita nel campo della *rei vindicatio*. «*In utraque actione... si bona fide possessor fuerit, non habetur ratio [consumptorum] (fructuum)*». Qualunque possessore di buona fede, di cose singole o di eredità, nell'epoca giustinianea fa suoi soltanto i frutti consumati prima della contestazione della lite: deve restituire quelli, di cui egli si trova ricco dopo questo momento¹⁾.

Il passo delle Istituzioni giustinianee, or ora considerato, fu sin qui dalla letteratura romanistica o negletto o volutamente lasciato da parte. Qualche scrittore ne è scandalizzato. L'Accarias²⁾, ad esempio, scrive:

«D'après les Institutes (Ist. 4, 17, 2) les règles relatives à la restitution des fruits seraient tout à fait les mêmes dans l'une et l'autre action. Cette proposition est vraie, on peu s'en faut, des possesseurs de mauvaise foi. Quant aux possesseurs de bonne foi, je la crois fautive même sous Justinien: sinon il faudrait dire que, dans la *petitio hereditatis*, ce prince impose au possesseur de bonne foi la restitution des fruits encore existants dont il a consommé la valeur et le dispense de restituer les fruits, qu'il a vendus et dont il a conservé le prix. Or ces décisions sont absolument contraires au Sénatus-consulte Iuventien, que Justinien pourtant n'a point abrogé».

Un altro testo, che dimostra pure in modo evidente la mia tesi, è la l. 1 del C. Gregoriano *Vis. de petitione hereditatis* 3, 5. È un rescritto dell'imperatore Antonino.

¹⁾ Interessante, certo non meno del passo delle Istituzioni, è la *Parafrasi* di TEOFILO (ed. FERRINI), che afferma acquistare il possessore di buona fede i frutti consumati prima della l. c., qualunque sia l'*actio in rem*, con la quale è convenuto: sia essa l'*actio in rem generalis (hereditatis petitio)*, sia l'*actio in rem specialis (rei vindicatio)*:

εἰ δὲ bona fide νομῆς ἔστιν ὁ ἐναγομένος οὐκ ἀπαιτηθήσεται οὐδὲ οὓς ἔδωκε πάντες καρπούς, οὐδὲ οὓς κατὰ ῥαθυμίαν οὐκ ἔλαβε προσφάσει τῶν ληφθέντων πρὸ τῆς προκατάρξεως καρπῶν. μετὰ γὰρ προκατάρξιν ἕνεκα καὶ τῶν ληφθέντων καὶ τῶν δαπανηθέντων καταδικάζεται αὐτὸν ὁ δικαστής. ταῦτα μὲν οὖν περὶ τῆς specialis in rem ἔτι καὶ τῆς κατὰ κράτος, τοῦτέστι τῆς hereditatis petitiois εἰρήσθω.

²⁾ *Prects de droit romain*, II, 1003.

(Imperator Antoninus A. Pontio Ingenuo). Fructus ante litem contestatam perceptos malae fidei possessores restituere placuit. (a. 212).

Se è detto che i possessori di mala fede di una eredità (il rescritto è posto sotto la rubrica *de petitione hereditatis*) devono restituire i frutti prima della contestazione della lite, è con ciò detto - implicitamente, ma inevitabilmente - che i possessori di buona fede di una eredità non devono restituirli.

A questa inevitabile deduzione logica è arrivato anche l'Alibrandi. Ma siccome questo, pur ingegnoso ed ardito, romanista non ammette che il possessore di buona fede di una eredità facesse suoi i frutti acquistati prima della *litis contestatio* durante l'epoca classica, così, dopo aver riferita la l. del Codice gregoriano, la commenta nel seguente modo:

Benchè questo rescritto sia stato posto sotto la rubrica *de petitione hereditatis*, pure non vi si attaglia bene¹⁾.

L'affermazione è - non occorre dirlo - affatto gratuita.

Non si attaglia bene, data la erronea tradizionale opinione, la quale ritiene che il Senato-consulto giuvenziano obbligasse anche i possessori di buona fede a restituire i frutti percepiti prima della l. c. se esistevano!

Si è verificato qui nel campo della *hereditatis petitio* un fenomeno, che, così grave, difficilmente si ripete in altri campi. Testi decisivi, atti a dare il più chiaro e più sicuro orientamento alla dottrina, sono stati da essa, per la pressione di un erroneo concetto tradizionale - mai controllato direttamente, mai seriamente approfondito - trascurati fraintesi messi sossopra.

Il *risultato certo*, a cui si giunge attraverso la l. del Codice Gregoriano, può esser pure raggiunto anche attraverso un frammento del Digesto.

Il fr. 20 § 12 D. 5, 3 avverte:

Haec adversus bonae fidei possessores, nam ita senatus locutus est: 'eos qui se heredes existimassent'. ceterum si quis sciens ad se hereditatem non pertinere distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis *et fructus earum*.

È un frammento interessantissimo, e decisivo a favore della tesi da me sostenuta.

¹⁾ *Opere*, I, 320.

La *hereditatis petitio* contro il possessore di mala fede, che ha alienato le cose ereditarie, è diretta alle *res et fructus earum*: contro il possessore di buona fede è diretta al prezzo delle cose ereditarie vendute e non agli interessi!

Qualora questi testi siano tenuti presenti, è facile scorgere l'alterazione, dai compilatori eseguita, del fr. 40 § 1 D. 5, 3.

Paulus l. 20 ad edictum: Praedo fructus suos non facit, sed augent hereditatem: ideoque eorum quoque fructus praestabit. [*in bonae fidei autem possessore hi tantum veniunt in restitutione quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est*].

Tutto l'inciso « *in bonae fidei — factus est* », chiuso tra le parentesi, è evidentemente interpolato. Il confronto tra il fr. 20 § 6 a D. h. t. e l'interpolata l. 1 C. 3, 31; il § 2 I. 4, 17, la l. 1 C. greg. 3, 5 ecc. ne dimostrano l'interpolazione.

Come, del resto superflui, indizi linguistici dell'interpolazione si possono segnalare i seguenti: l'espressione « *in bonae fidei possessore* » per dire « nei riguardi del possessore di b. f. », frequente nell'uso dei compilatori; la costruzione « *veniunt in restitutione* (ablativo!) »; infine, la frase « *quasi augmenta hereditatis* », sia per sè, sia per il suo concreto riferimento.

Forse - qui affaccio un semplice dubbio, che pur mi sembra di non dover trascurare - i compilatori giustinianeî, per fissare la loro innovazione, eseguirono un'altra - ora poco afferrabile - alterazione.

Chi legge la relazione ulpiana del Senato-consulto giuvenziano e legge, poi, il commento che Ulpiano ad essa fa seguire, resta sorpreso di una cosa.

Il testo del Senato-consulto viene, a poco a poco, nel commento nuovamente riferito, se si eccettua un punto solo, riguardante precisamente i possessori di buona fede.

Voglio dimostrare la esattezza di questo rilievo. Faccio seguire, perciò, da una parte il testo del Senato-consulto; dall'altra i testuali richiami che di esso nel commento ulpiano vengono fatti.

D. 5. 3. 20. 6a « Cum antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas idemque in similibus causis servandum ».

6b « Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent diminutaeve fuissent, restituere debere ».

6c « Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent:

« eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent ».

6d « Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset, censuerunt ».

D. 5. 3. 20. 7: Ait senatus: ' cum antequam partes caducae fisco peterentur '.

12: ita senatus locutus est: ' eos qui se heredes existimasent '.

15: ' Redactae, inquit, pecuniae ex pretio rerum venditarum.

17: Ait senatus: ' placere a quibus petita hereditas fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi ante petitam hereditatem deperitae diminutaeve essent, restituere debere '.

25. 2: quod ait senatus: ' eos qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent ' ita illegendum est ...

25. 11: *Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt.*

20. 11: ' Petitam autem hereditatem ' et cetera: id est ...

È possibile che Ulpiano, il quale nel suo commento ripete testualmente il testo del Senato-consulto tutte le altre volte, soltanto nel fr. 25 § 11, a proposito del possessore di buona fede, non lo ripetesse? Non mi sembra possibile. Molto probabilmente il periodo « *Consuluit... facti sunt* » è un accorciamento e un accomodamento di un più vasto dettato ulpiano. E non è improbabile che qui Ulpiano distinguesse avvertendo che il possessore di buona fede era tenuto per la *coese ereditarie* nei limiti del suo arricchimento ma che, naturalmente come ogni altro possessore di buona fede, facesse suoi i *frutti*.

I compilatori giustinianeî avrebbero soppresso la distinzione, in quanto il possessore di buona fede delle cose ereditarie è tenuto nella nuova epoca fino al limite del suo arricchimento sia per esse *sia per i loro frutti*.

III.

Il motivo che trattenne gli scrittori dall'affermare nel campo della *hereditatis petitio* quell'innovazione giustiniana, che essi affermarono nel campo della *rei vindicatio*, è duplice. Già il primo motivo trattenne i più; il secondo, poi, trattenne tutti.

Il primo motivo s'intuisce. L'opinione dominante non ritiene che l'obbligo di restituire i frutti « *non consumati* » fosse perfettamente corrispondente all'obbligo di restituire i frutti « di cui il possessore di buona fede si è arricchito ». Essa trova la prima formula particolarmente adoperata nel campo della *rei vindicatio*; la seconda in quello della *hereditatis petitio*. Trova diverse formule ed è tratta a pensare a diversi regimi.

Alla erroneità di questo motivo io ho già accennato; essa risulterà più chiara in seguito, quando sarò per concludere questa mia indagine.

Il secondo motivo è quello che già abbiamo visto addotto dal Ferrini. Esiste nel campo del diritto ereditario una massima, affermare: « *fructus augent hereditatem* ». Ora, siccome per disposizione del senatoconsulto giuvenziano anche il possessore di buona fede era tenuto a restituire l'*eredità* fino al limite del suo arricchimento, così si ritiene generalmente che esso già durante l'epoca classica dovesse, dentro questo limite, restituire i frutti.

Anche questo motivo è fallace.

La massima « *fructus omnes augent hereditatem* », affermata da Ulpiano nel fr. 20 § 3 D. 5. 3, disciplinava in modo assoluto l'acquisto dei frutti ereditari, prima che l'eredità venisse regolata dal senatoconsulto giuvenziano. È una di quelle massime tralaticie, che il giurista riferisce, anche se al suo tempo non ha più quell'*assoluto valore* che in una precedente epoca aveva.

Non è senza importanza, per farsi persuasi di ciò, avere sotto gli occhi il libro 15° del Commentario di Ulpiano all'editto e tenere presente una oculata avvertenza del Lenel.

Da quel libro sono estratti i seguenti frammenti:

(D. 5. 3. 20. 3) *fructus autem omnes augent hereditatem sive aditam sive post aditam hereditatem accesserint. sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem.*

(D. 5. 3. 25. 20) *Augent hereditatem gregum et pecorum partus.*

(D. 5. 3. 27) *ancillarum etiam partus, et partuum partus, quamquam fructus non esse existimantur, ... augent tamen hereditatem.*

(D. 5. 3. 29) *Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. Operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones; item vecturae navium et iumentorum.*

(D. 22. 1. 34) *Usurae vicem fructuum obtinent et merito non debent a fructibus separari. et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris bonae fidei iudiciis servatur. hoc idem in ceteris obventionibus dicemus.*

E il Lenel ¹⁾ ha affacciato l'ipotesi, per me molto verosimile che questi varii frammenti - ora sparsi nel titolo de hereditatis petitione: uno, l'ultimo, collocato addirittura fuori del titolo - nel commento ulpiano si trovassero vicini. In altre parole, Ulpiano, dopo aver affermato « *fructus autem omnes augent hereditatem* », avrebbe subito fatto il completo elenco delle cose che sono considerate come frutti (*mercedes, vecturae, usurae*, etc.) e non si sarebbe limitato a ricordare subito soltanto i parti delle schiave.

Mediante questa ipotesi del Lenel la mia supposizione diventa più chiara e più precisa.

Ulpiano prima afferma la massima « *fructus omnes augent he-*

¹⁾ *Palting. tur. civ.* II, 506, n. 3.

redilatam »; secondo l'ipotesi del Lenel affermerebbe anche, in questo punto, che anche tutti gli altri prodotti, considerati come frutti, aumentano l'eredità; poi, fatta questa generale affermazione, passa a trattare un altro punto. Così, infatti, egli testualmente si esprime (fr. 20 § 6 D. h. t.): *Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito et de fructibus.*

Passa, insomma, a riferire e commentare il *senatoconsulto giuvenziano*.

Nel testo del senatoconsulto, e nel commento ad esso - se si accetta, come parmi debba accettarsi, l'ipotesi leneliana - noi non troviamo più detto generalmente, come in precedenza, che « *fructus augent hereditatem* ». Troviamo, invece, questa massima ristretta in più angusti limiti. Troviamo, infatti, detto nel fr. 40 § 1 D. h. t. (Paulus, l. 20° ad ed.):

Praedo fructus suos non facit, sed augent hereditatem.

Il resto del passo abbiamo riconosciuto interpolato; dobbiamo ora lasciarlo, per la conoscenza del diritto classico, da parte. L'affermazione di Paolo ci costringe, per l'irresistibile argomento *a contrariis*, a ritenere che i frutti percepiti dal possessore di buona fede *non augent hereditatem*.

Mi pare che si possa, a questo riguardo, concludere. Quando il senatoconsulto giuvenziano è in vigore, la massima « *fructus omnes augent hereditatem* » non è più, come prima, generalmente imperante ¹⁾.

È ancor vera, se limitata al possessore di mala fede e a proposito del possessore di mala fede precisamente ancor la richiamano giuristi e imperatori. Non è più vera nei riguardi del possessore di buona fede e a proposito di quest'ultimo nessuno più la richiama.

Interessante è uno scolio, sgraziatamente monco, di Stefano, richiamante un testo, nel quale vien detto che i frutti percepiti dal possessore di buona fede sono parte dell'eredità (μέρος τῆς κληρονομίας) dopo avvenuta la l. c.

¹⁾ Sino all'età adrianea non si distinse se il possessore fosse in buona o in mala fede. Con Adriano il riguardo alla buona o alla mala fede del possessore, che dominava già nella *rei vindictio*, penetrò anche nella *hereditatis petitio*. Cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, 2, 524.

(Steph ad l. 44 D. 6. 1 in *Zachariae*; Suppl, p. 25):

|| || || ἐπι... μετὰ προκάταρξιν ληφθέντα ὀφφικίῳ τοῦ δικαστοῦ καταφέρονται, ὡς ἔστι μαθεῖν ἐξ ὧν ὁ Παῦλος ἐν τῇ γ' τῶν ἀντιπαπινιανοῦ τί. α'. διγ. ιε' ψησί. ἀνάγ... τοῦ βι. διγ. ιε' καντ. ἐπιπ... ει. τὴν σπεκαλίαν ἰν βέμ οὐ καταφέρονται οἱ πρὸ τῆς προκατάρξεως ληφθέντες καρποί. ἐκ γὰρ τῆς καταδίκης καταφέρεται μέρος τῆς κληρονομίας εἰσὶν, ὡς ἔγνωσ ἐν τῇ πρωτέρῳ βι. τί. προσφόρῳ.

Durante l'epoca classica, insomma, il senatoconsulto giuvenziano costringe il possessore di buona fede a restituire l'eredità nel limite del suo arricchimento, ma i frutti da lui acquistati prima della *litis contestatio* non sono considerati parte dell'eredità: *non augent hereditatem*; li fa suoi, come suoi li fa - nella stessa epoca classica - il possessore di buona fede di una cosa singola¹⁾.

IV.

Dopo aver cercato di dimostrare che nell'epoca classica il possessore di buona fede di una eredità era, quanto all'acquisto dei frutti, trattato non *in quel modo singolare* che l'opinione oggidì generale ritiene, ma precisamente come trattato era il possessore di buona fede di una cosa singola, dobbiamo ora dimostrare (la dimostrazione è già stata anticipata in parte) che l'innovazione giustiniana fu pure eguale per l'uno e per l'altro. Identico, a loro riguardo, il regime classico; identico, dopo la operata innovazione, il regime giustiniano.

L'opinione dominante, come abbiamo già visto, ritiene che restituire « *fructus non consumptos* », « *fructus extantes* » non sia la stessa cosa che restituire « *fructus, ex quibus locupletior factus est* ».

Comincio coll'avvertire che, se essa avesse potuto scoprire l'innovazione giustiniana nel campo della *hereditatis petitio*, non si sa-

¹⁾ Chi ritenesse poco probabile che Ulpiano nel fr. 20 § 3 D. 5. 3 ripeta una massima *tralatitia*, dovrebbe allora per lo meno ammettere non essere cosa strana che così genericamente si esprima Ulpiano, anche se dopo il senatoconsulto giuvenziano (v. la l. 40 § 1 D. h. t. cit.) la massima riguarda soltanto il possesso di mala fede. Naturalmente questo era, nella realtà delle cose e davanti alla mente del giurista, il caso infinitamente più frequente e - vorrei anche dire - *tipico*.

Del resto, Giustiniano stesso nell'interpolato fr. 40 § 1 D. h. t. cit. [*in bonae fidei autem possessore factus est*] non sente il coraggio di affermare che i frutti percepiti dal possessore di b. f. *augent hereditatem* ma timidamente avverte che sono *quasi augmenta hereditatis*!

rebbe ostinata o, per lo meno, assai difficilmente sarebbesi ostinata su questo punto. Avrebbe potuto assodare che, sia in un campo sia nell'altro, il movente della riforma giustiniana è unico: colpire l'arricchimento; ammettere dovunque la responsabilità nei limiti dell'arricchimento.

Ma, anche a prescindere da ciò, l'opinione dominante non è nel vero o perchè vide male le fonti o non le vide.

Ci troviamo, è vero, di fronte ad una terminologia che non è solitamente, nei due campi, la stessa.

Si parla del possessore di buona fede di una cosa singola e Giustiniano, interpolando, dice che egli fa suoi i frutti *consumptos*, *si eos consumpsit*.

Si parla del possessore di buona fede di una eredità e Giustiniano, interpolando, dice che egli deve restituire i frutti, *per quos locupletior factus est, ex quibus locupletior extitit*.

Ma io potrei già sin d'ora soggiungere una spiegazione di questa diversità, formale *non concettuale*, della terminologia.

Le espressioni « *consumptos* », « *si eos consumpsit* » era agevole interpolare nei testi relativi alla *rei vindictio* senza diluirli e senza scomporli. Una parola bastava per introdurre una così grave innovazione.

Se Giustiniano avesse voluto scrivere che il possessore di buona fede di cosa singola è tenuto a restituire i frutti di cui si trova ricco al momento della l. c.; se egli avesse voluto scrivere ciò nei testi classici che affermavano « *bonae fidei possessor fructus suos facit* », avrebbe dovuto servirsi di incisi e non di una breve espressione o, come più spesso usa, di una sola parola.

Invece, nel campo della *hereditatis petitio*, egli preferisce l'altra terminologia in quanto che gli è fornita dalla materia. Egli non fa che estendere ai *frutti dell'eredità*, acquistati dal possessore di buona fede, ciò che il senatoconsulto giuvenziano stabiliva *per l'eredità* da lui posseduta. Apportando la sua innovazione, si serve della terminologia che in questo campo gli vien dato trovare.

Non voglio, naturalmente, dare a queste osservazioni gran peso. Trascurabili affatto, forse, non sono.

Una prova luminosa, che Giustiniano intendeva la diversa terminologia nello stesso modo ci è fornita dal § 2 I. 4. 17; un passo

già considerato più innanzi. In esso è detto che sia nella *rei vindictio*, sia nella *hereditatis petitio*, « si bona fide possessor fuerit, non habetur ratio [*consumptorum*] (fructuum) ».

Giustiniano, interpolando, dice che il possessore di buona fede di una cosa singola o di una eredità (*in utraque actione*!) non deve restituire « *fructus consumptos* ».

Non saprei quale maggior prova potrebbe essere desiderata. Giustiniano estende, qui, al possessore di buona fede di una *eredità* quella terminologia che egli solitamente adopera per il possessore di buona fede di una *cosa singola*. Ciò vuol dire che una terminologia *sostanzialmente* val l'altra.

Senonchè, noi abbiamo un'altra prova, ugualmente luminosa. Forse, ancora più. Uno scolio di Stefano. Questo scolio, forse ancor più del passo delle Istituzioni, chiarisce che cosa Giustiniano e (giacchè Giustiniano è un simbolo) l'epoca bizantina intenda quando dice che il possessore di buona fede di una cosa singola « *fructus consumptos suos facit* ».

Ecco l'interessantissimo scolio (*Zachariae*, Supplementum, p. 105):

καὶ ἐ μὲν οὐσουφρουκτουάριος μόνων τῶν ὑπ' αὐτοῦ ληφθέντων καρπῶν γίνεται κύριος, ἐ μὲντοι βόνα φίδε νομεὺς καὶ τῶν ἐπωσδῆποτε χωρισθέντων τῆς γῆς· ὥστε ἐ μὲν οὐσουφρουκτουάριος, εἰ μὴ δι' ἑαυτοῦ [ἦ] διὰ τῶν αὐτῷ προσσηκόντων χωρίσει τῆς γῆς τοὺς καρπούς, οὐ γίνεται τούτων κύριος, ἐ δὲ βόνα φίδε νομεὺς γίνεται τούτων κύριος, καὶν ἔτυχον ἀφ' ἑαυτῶν ἦτοι καταπεσόντες. ἐτέρῳ δὲ λόγῳ ὅτι οὐς μὲν ἐδαπάνησε καὶ διὰ τῆς δαπάνης οὐκ ἐγένετο πλουσιώτερος, οὐκ ἀπαιτεῖται· οὐς δὲ μήπω ἐδαπάνησεν, ἀναδίδωσιν ἐ βόνα φίδε νομεὺς ὑποκείμενος τῷ κανόνι τῷ λέγοντι· ἐ βόνα φίδε νομεὺς ἐφ' οἷς ἐγένετο πλουσιώτερος ἐνέχεται. μέμνησο δὲ τῆς διαστίζεως τῆς εἰρημένης περὶ τοῦ βόνα φίδε νομείως ἐν τῷ κε'. διγ. τῆς νερεδιτάτις πετιτιόνος ἔνθα φησὶν ἐ Οὐλπιανός, ὅτι ἀνάγκη τὸν βόνα φίδε νομέα ἅπερ ἐξ ἔθους ἐποίει λογιζεσθαι δαπανήματα.

[Et usufructuarius quidem nonnisi fructuum ab ipso perceptorum dominus fit, bonae fidei autem possessor etiam eorum, qui quolibet modo a terra separati sunt: proinde usufructuarius, nisi ipse suorumve ope fructus a terra separaverit, non fit eorum dominus, bonae fidei autem possessor eorum dominus fit, licet sponte deciderint. Alia autem ratione eos quidem, quos consumsit *nec tam ex consumptione*

locupletior factus est, non praestat; quos autem nondum consumsit, bonae fidei possessor reddit et subiacet regulae, quae dicit: *bonae fidei possessor tenetur, quatenus locupletior factus est*. Memineris autem distinctionis, quae de bonae fidei possessore prolata est dig. 25 (§ 16) *De hereditatis petitione*, ubi dicit Ulpianus, oportere bonae fidei possessorem sumtus, quos ipse solebat facere, reputare].

In questo scolio è chiaramente affermato che il possessore di buona fede di una *cosa singola* deve restituire i frutti non consumati, perchè soggiace alla regola che dice:

ὁ βόνα φίδε νομεύς ἐφ' οἷς ἐγένετο πλουσιώτερος ἐνέχεται.

V.

Ho finito. Studiando la responsabilità del possessore di buona fede nel campo della *hereditatis petitio*, ho preso di fronte una vecchia, tradizionale, da tutti accolta dottrina. Potrà sembrare che io sia stato soverchiamente audace. Modestamente dichiaro che la mia audacia non mi spaventa.

Più m'inoltro nello studio del *Corpus iuris*, più m'accorgo quanto siano vasti i campi che l'esegesi deve ancora esplorare. Dottrine giuridiche sogliono passare dall'uno all'altro scrittore, con poca scorta di testi, qualche volta in modo aereo considerati, qualche volta - ed è peggio - fraintesi.

È venuto il giorno che noi, senza respingere l'opera laboriosa della dottrina, dobbiamo soprattutto ascoltare il chiaro linguaggio delle fonti. A queste deve essere soprattutto diretto il nostro lavoro.

Se io non m'inganno, la messe dei risultati è copiosa.

Così la tendenza giustiniana di affermare la responsabilità dove c'è l'arricchimento, e nei limiti di esso, si delinea più chiara e si manifesta sempre più imponente.

Il diritto classico, con la disposizione del senatoconsulto giuveniano, obbligava il possessore di buona fede di una eredità a restituirla nei limiti del suo arricchimento ¹⁾. Però concedeva che egli,

¹⁾ Nello studio generale su *La responsabilità fino al limite dell'arricchimento nella legislazione di Giustiniano* io dimostrerò come i compilatori, tro-

come il possessore di buona fede di una cosa singola, facesse suoi i frutti acquistati prima della *litis contestatio*.

Il diritto giustiniano ha qui uno spunto classico. E lo svolge.

La nuova tendenza giustiniana crea la nuova responsabilità del possessore di buona fede nella restituzione dei frutti. Possegga egli una eredità o una cosa singola, deve restituire i frutti acquistati prima della contestazione della lite *nella misura del suo arricchimento*.

EMILIO ALBERTARIO.

vato qui lo spunto di una loro *spiccata tendenza*, alterano e rimaneggiano notevolmente i testi. Segnalo, ad es., il fr. 25 § 1 D. *h. t.*, il fr. 30 D. *eod.*, che a me sembrano interpolati e richiamo le interpolazioni in questo titolo già abbondantemente segnalate dall' acutissimo FABRO.

NOTA AL FR. 10 PR. D. COMM. DIV. 10. 3

(Contributo allo studio della responsabilità
nella misura dell'arricchimento).

Il fr. 10 pr. D. comm. div. 10. 3 è uno dei testi che, per l'affermazione in esso contenuta e per l'interpretazione che ad esso i Bizantini han dato, acquista una speciale importanza nel corso degli studi sulla *responsabilità nella misura dell'arricchimento* che sto pubblicando. Perciò lo voglio isolare dagli altri e considerare in questa nota brevissimamente.

D. 10. 3. 10. pr. Paulus libro vicensimo tertio ad edictum. Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio (communi dividundo!) heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur.

Il testo è limpidissimo: non occorrono, quindi, rilievi che valgano a mettere in luce il suo, già così chiaro, significato.

Rilevo, invece, subito che esso contiene una testimonianza preziosa, della quale si può profittare per concludere nuovamente che l'actio legis Aquiliae (azione penale) e tutte le azioni penali in genere non erano nel diritto romano passivamente trasmissibili; che diventano trasmissibili nei limiti dell'arricchimento dell'erede, dopo che il diritto romano classico aveva diffuso sul vasto mondo orientale la pura, splendida luce del suo storico tramonto.

Il testo nega che l'actio legis Aquiliae possa essere data contro l'erede (quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat...). Nega in modo assoluto. Ora, chi non vede in questa assoluta negazione una nuova prova della interpolazione eseguita nel fr. 23 § 8 D ad legem Aquiliam 9. 2: in heredem [vel ceteros] haec actio (Aquila!) non dabitur cum sit poenalis *nisi forte ex damno locupletior heres factus sit?*

Il contrasto fra i due testi non si toglie se non si suppone che le parole « *nisi forte ex damno locupletior heres factus sit* » siano interpolate, come è già stato ritenuto.

Ciò che rende il fr. 10 pr. D. 10. 3 *eccezionalmente prezioso* è la interpretazione, di esso fatta nelle scuole bizantine. Il fissare la responsabilità nella misura dell'arricchimento è una tendenza bizantina così spiccata e così forte, che gli scolii apposti alla versione greca di questo testo, contenuta nei Basilici, avvertono:

(Heimb. I, 806):

Ὁ κληρονόμος τοῦ βλάβσαντος τὸ ἐπίκοινον πρᾶγμα κατέχεται κομμοῦνι διβιδοῦνδο, εἰ καὶ μὴ κατέχεται κληρονόμος Ἀκουιλίῳ τῷ εἰς ὀλόκληρον, πρὸς τὸ μέτρον δηλαδὴ τῆς οὐσίας τοῦ τελευτήσαντος.

Τουτέστι πρὸς τὸ μέτρον τῆς οὐσίας τοῦ τελευτήσαντος.

Οὐκ εἰς ὀλόκληρον, ἀλλ' εἰς ὃ ἐκ τῶν ζημιῶν ἐγένοντο πλουσιώτεροι, τουτέστιν ἐκ τοῦ ἡμαρτήματος τοῦ μὴ ὄντος ἀπὸ συναλλαγμάτων.

Τοῦ Ἀνων. Ἀρμόζει εἰς τὸ περιελθόν.

È chiaro, dunque. Paolo dice che, per un danno recato da un socio alla cosa comune, se l'erede del socio non ne risponde colla *penale* azione aquiliana, ne risponde però nel giudizio per la divisione della cosa, nel *iudicium communi dividundo*. L'erede, per questa via, non sfugge all'obbligo del risarcimento del danno.

I Bizantini dicono una cosa ben diversa, e una ben strana cosa. Dicono che non soltanto il *iudicium communi dividundo* è dato contro l'erede, ma anche l'*actio legis aquiliae nella misura del suo arricchimento*. Ἀρμόζει εἰς τὸ περιελθόν, dice l'Anonimo, conchiudendo gli scolii precedenti. Ecco, pertanto, accanto al *iudicium communi dividundo* l'a. 1. Aquiliae diretta a colpire l'arricchimento!

E la cosa è — giova ripeterlo — strana. Che arricchimento procura all'erede chi danneggia la cosa, che ha comune con altri (*si quid defunctus in re communi admisit?*) Evidentemente, nessuno. Perché allora accennare alla responsabilità dell'erede nei limiti del suo arricchimento? Evidentemente, per questo motivo.

I Bizantini non tengon tanto presente il caso concreto, quanto il loro principio generale (responsabilità dell'erede fino al limite del suo arricchimento per *il delitto* del defunto), nè si preoccupano se

il richiamare il loro principio generale nel caso concreto è *un non senso*. Perciò essi avvertono:

Οὐκ εἰς δλόκληρον, ἀλλ' εἰς ὃ ἐκ τῶν ζημιῶν (!) ἐγένοντο πλουσιώτεροι, τουτέστιν ἐκ τοῦ ἀμαρτήματος (!) τοῦ μὴ ὄντος ἀπὸ συγγλλαγμάτων.

Non altrimenti essi nel fr. 23 § 8 D. 9. 2, che originariamente diceva:

in heredem [vel ceteros] haec actio (Aquiliana) non dabitur cum sit poenalis,

interpolano:

nisi forte ex damno locupletior heres factus est.

Il primo capitolo della lex Aquilia, a cui questo testo originariamente si riferiva, colpiva l'uccisore dello schiavo o dell'animale.

Come poteva esservi un arricchimento *ex damno*? Esso era inconcepibile. Eppure, per la preoccupazione di fissare il nuovo principio generale, i Bizantini in uno scolio al fr. 10 pr. D. 10. 3 scrivono che gli eredi del socio sono tenuti

οὐκ εἰς δλόκληρον, ἀλλ' εἰς ὃ ἐκ τῶν ζημιῶν (!) ἐγένοντο πλουσιώτεροι,

e i compilatori nel fr. 23 § 8 interpolano quelle parole.

Le tracce di questa vivace tendenza, diretta a colpire l'arricchimento, l'epoca post-classica ¹⁾ vuol far penetrare dovunque.

EMILIO ALBERTARIO.

¹⁾ Precisamente, quando? Alla mia tesi non nuocerebbe che essa spicchi già nelle *costituzioni dioclezianee*. L'epoca post-classica con Diocleziano si ritiene già incominciata. Ma io, come a proposito della cura dei minori (cfr. E. ALBERTARIO, *Nuove indagini intorno alla Oratio Severi* etc.) ritengo che le costituzioni dioclezianee siano alterate assai più di quel che sembra ad un reente forte indagatore, il SOLLAZZI: così a proposito della responsabilità per l'arricchimento sono d'avviso (cfr. E. ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali* etc.) - e, del resto, ho a mio favore per un testo (C. 5. 21. 3 [*Azioni penali*, p. 81]) l'adesione del DE FRANCISCI, per più testi (C. 8. 4. 2; 5. 16. 17; 4. 17. 1 [*Dolus* etc., p. 25 n. 1.]) quella del ROTONDI - che le costituzioni dioclezianee non siano, a questo riguardo, genuine. Lo studio del di-

ritto romano nell'epoca di Diocleziano è per me uno studio pieno di fascino e di interesse. Un vocabolario *speciale* delle costituzioni dioclezianee mi sembra una fatica che nell'avvenire verrà sempre più apprezzata e riuscirà sempre più fruttuosa.

Recentemente il ROTONDI nei suoi ottimi *Studi sulle fonti del Codice giustiniano* (in *Bull. dell'ist. di dir. rom.* p. 19, nota, estr.) nega l'alterazione della costituzione diocleziana riferita nell'*Herm. Wis.* 2. 1. Questi Studi, intrapresi dal valente collega, mi possono soltanto indurre a non tentar di precisare il tempo in cui quella costituzione del C. ermogeniano si alterò. Mi possono anche far pensare a una alterazione visigotica, determinata dalla stessa causa operante in ordine alle azioni penali sì nell'Oriente che nell'Occidente. Non sarei neppure alieno - insomma - dal ritenere la c. 1 C. 4. 17 interpolata dai Giustiniani: l'*Herm. Wis.* 2. 1, alterato dai Visigoti. Pensando e ritenendo così, non mi riesce di spiegar come prima la *conformità* dell'alterazione eseguita: mi riesce di giustificare meglio di prima la *fonte* di una sì grave alterazione. Ma, in ogni caso, l'alterazione dell'*Herm. Wis.* per me è certa ed è nuovamente provata da un argomento, che il ROTONDI adduce contro l'alterazione, e che è invece - se io non vedo male - proprio favorevole ad essa.

La rubrica del C. ermogeniano era « *ex delictis defunctorum quemadmodum conveniantur successores* », ossia « come », « con quale azione » possano convenirsi gli eredi, *contro cui non può esperirsi l'azione penale*. Così, con queste stesse parole, la intende anche il ROTONDI. Come si accorda con questa rubrica dell'*Herm. Wis.* 2. 1. la c. diocleziana, che è precisamente sotto questa rubrica riferita? Assolutamente non si accorda. Perché la c. diocleziana sembra dire invece che *con la stessa azione penale* possono essere convenuti gli eredi nel limite del loro arricchimento. La c. non ci fa conoscere il rimedio processuale, *diverso dall'azione penale*, dato contro gli eredi; ma afferma che prima della contestazione della lite anche gli eredi sono tenuti *in tantum quantum* ad eos pervenit.

La rubrica risponde al principio del diritto classico: la c. diocleziana, richiamata sotto la rubrica, non vi risponde. Dunque? Bisogna concludere che la c. è stata alterata. Naturalmente vi saranno alcuni che si contenteranno della spiegazione di questa c., ingegnosamente suggerita dal DE FRANCISCI (*Azioni penali*, p. 87), secondo il quale l'azione data qui contro gli eredi non è l'azione penale, ma una condictio. Io non mi contento di ciò che è *equivoco e impossibile*. La c. diocleziana, così come ora attraverso la legislazione visigotica ci si presenta, *non può* avere questa spiegazione.

Io mi ritengo certo che, se la c., anziché trovarsi in una parte superstite del C. ermogeniano, si fosse trovata nel C. giustiniano, nessun romanista avrebbe osato interpretarla e spiegarla in questo modo. Se anche romanisti valorosi si aggrappano a questi sforzati ripieghi, gli è soltanto perché quella disgraziata c. ha da espiare un peccato d'origine. Appartiene al C. ermogeniano: è fuori della compilazione giustiniana. Ma la genuinità delle fonti romane pervenuteci fuori della compilazione giustiniana, specialmente di quelle pervenuteci attraverso la legislazione *visigotica*, è esaltata ancora oggi in modo ingiusto.

Il ROTONDI, per quanto non si dimostri alieno dall'accettare la spiegazione del DE FRANCISCI, conclude però la sua nota avvertendo: « forse è preferibile un'opinione più prudente, che riconosca già spuntato con Diocleziano quel regime che trionfa nella legislazione giustiniana ».

Ripeto. Che la responsabilità nella misura dell'arricchimento in ordine alle

azioni penali sia un concetto infiltrantesi già nelle costituzioni diocleziane, alla mia tesi non nuoce. È, anche in questo caso, un concetto *non classico*. Ma perchè preferire quest'« opinione più prudente », quando le altre costituzioni diocleziane sono per *visibili segni* alterate (C. 5. 21. 3 - anche secondo DE FRANCISCI; 8. 4. 2; 5. 16. 17; 4. 17. 1 - anche secondo ROTONDI)? quando la rubrica non alterata del C. ermogeniano è « *ex delictis defunctorum quemadmodum convenientur successores* »? Perchè nel C. ermogeniano la genuina rubrica non dice « *in quantum* »? Perchè l'*azione penale* ai tempi di Diocleziano non era data contro gli eredi mai, *in nessuna misura*. I compilatori giustiniane, per far rispondere all'alterato tenore della costituzione diocleziana, che riportano, anche il tenore della rubrica, la trasformano così « *ex delictis defunctorum in quantum heredes convenientur* ».

Tenendo presente la rubrica dell' *Erm. Wis.* « *ex delictis defunctorum quemadmodum convenientur successores* », la c. diocleziana può essere semplicemente ricostruita così:

Licet ante litem contestatam defuncto, qui ex proprio delicto conveniri potuit, successores non possint poenali actione conveniri, tamen hos etiam (qui Diocleziano doveva accennare espressamente alla *condictio*) teneri certissimi iuris est.

Gli interpolatori tolsero la menzione della *condictio* perchè la *stessa azione penale* era, al loro tempo, divenuta trasmissibile contro gli eredi ne scelere ditentur alieno, IN TANTUM QUANTUM *ad eos pervenit*.

RECENSIONI

Chartularium Studii Bononiensis. Documenti per la storia dell'Università di Bologna. Vol. II. — Bologna, presso la Commissione per la storia c. s., 1913, L. 20.

Nell'a. XXIII del *Bollettino* pag. 296 e segg. già abbiamo dato notizia del vol. I di questa pubblicazione, segnalandone la grande utilità e ponendo in rilievo gli eccellenti criteri con cui è condotta dalla benemerita relativa Commissione; di che da ultimo dava conferma autorevolissima il Fitting nella *Deutsche Literaturzeitung* a. 1914 nr. 18. Ora si aggiunge il II vol., non meno ampio e non meno interessante. L'*Archivio del Monastero di S. Agnese di Bologna* viene spogliato e riprodotto nelle varie sue categorie dal Dottor Albano Sorbelli; e per cura del medesimo seguono gli *Atti del cardinale Lodovico Fieschi* legato di Bologna, molti dei quali si riferiscono allo Studio bolognese ed hanno particolare importanza anche per la storia in genere della locale cultura. Il P. Serafino Gaddoni apporta il contributo dell'*Archivio comunale di Dozza*, di cui può dirsi omai completo l'ordinamento; materiale prezioso per la quantità e l'entità dei documenti. Dei *Registri vaticani e avignonesi di Gregorio XI* dà un nucleo di documenti il Dr. Francesco Baldasseroni; in seguito ad esame minuto e paziente, senza mai ricorrere agli indici, spesso fallaci o manchevoli; la raccolta, come avverte il predetto editore, costituisce un tutto organico e rispecchia, si può dire, l'opera di papa Gregorio XI a pro dello Studio e dei Collegi bolognesi, specialmente di quello gregoriano da lui fondato. Il volume si chiude cogli indici assai accurati quanto opportuni ed anzi indispensabili: Indice cronologico dei documenti, Indice dei notai, Indice dei nomi e delle cose pertinenti allo Studio.

Con eguale interesse per gli studiosi ed eguale meritata fortuna è continuata pure la pubblicazione congiunta, *Studi e memorie per la storia dell'Università di Bologna*

C. B.

Prof. **Evaristo Carusi**, *Sui rapporti tra il diritto romano e il diritto mussulmano*. Roma, 1913.

Il prof. Carusi svolse questo tema nella VII riunione della società italiana per il progresso delle scienze tenuta in Siena nel 1913 e la memoria da lui presentata fu pubblicata nel volume degli *Atti* del Congresso. Il tema e la posizione del Carusi rispetto ad esso sono di particolare interesse. Il diritto mussulmano non è una formazione autonoma sulla base del Corano come esso ci vien presentato, ma si ricollega nelle sue origini al diritto romano orientale, di cui sarebbe anzi la derivazione più importante. E in seguito una identità di indirizzo mentale filosofico lo ricongiunge idealmente anche al diritto romano comune. L'affinità del diritto mussulmano col diritto romano era già stata vagamente intravista da qualche scrittore, ma per il primo il Carusi imprende a documentarla in modo sistematico e a fissarla nella forma anzidetta. In questa forma l'interesse dello studio del diritto mussulmano, a parte i suoi fini pratici, viene ad esser cresciuto immensamente dal punto di vista scientifico, perchè il diritto mussulmano verrebbe a costituire un'altra grande diramazione del diritto romano e a consacrare definitivamente, ora che anche l'Estremo Oriente è entrato nella cerchia della nostra civiltà, il risultato che tutto il mondo si governa a legge romana.

Si tratta in ultima analisi di un altro campo di studi offerto ai romanisti nel quale è del pari interessante quello che il diritto mussulmano serba degli antichi concetti romani come il suo sviluppo parallelo al diritto comune medioevale. Lo scritto del Carusi è preceduto da una analisi critica nella letteratura europea sul diritto mussulmano. Il quadro non è molto consolante. La ragione è da ricercare principalmente nel fatto che questi studi, sia per la connessione del diritto mussulmano con la religione e la filosofia, sia per quel fenomeno particolare a noi giuristi che l'autonomia della nostra scienza non è punto sentita nemmeno dagli scienziati che la professano, essi sono stati abbandonati ai filosofi e soprattutto ai filologi. Il Carusi ha il merito di avere all'uopo la duplice preparazione: quella filologica, in quanto è conoscitore dell'arabo e del siriano, e quella giuridica, in quanto è romanista di valore uscito un tempo dalla scuola di Vittorio Scialoja. All'esposizione della letteratura segue una serie di rilievi di

carattere generale e di carattere particolare nel campo dei diritti personali e nel campo dei diritti patrimoniali, nonchè un'appendice più larga sulla scoperta del tesoro e sul ritrovamento delle cose perdute. Le indagini dell'autore sono persuasive e il suo concetto ci sembra, per quanto è possibile in una rapida sintesi, dimostrato. Noi ci auguriamo che l'autore prosegua con successo nella via per la quale si è incamminato con tanto ardore e con tanta competenza in modo da illustrare pienamente un nuovo territorio di studi che dal nostro punto di vista si può considerare quasi vergine.

P. BONFANTE.

BIBLIOGRAFIA

DELL'ANTICO DIRITTO GRECO E ROMANO

VII.

I. — Libri

ACHELIS H. Das Christentum in den ersten drei Jahrhunderten, 2 volumi — Leipzig Quelle u. Meyer '12, p. XII-296 e VII-469, M. 10 e M. 15.

ADAM A. M. Plato: Moral and Political Ideals — Cambridge University Press '13, p. 168 in-16°, s. 1.

ADAMETZ W. Die Gesch. des gesetzl. Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen wegen Verzuges des einen Kontrahenten (Diss. Breslau) — ib. Gutschmann '12, p. 67.

ALBERTARIO E. La scienza del d. r., i suoi recenti metodi e i suoi recenti studi (Disc.) — Camerino Savini '14, p. 19.

ALLARD P. Les esclaves chrétiens depuis les premiers temps de l'Église jusqu'à la fin de la domination rom. en Occident (Ouvrage couronné) ⁵ — Paris Lecoffre-Gabalda '13, p. XIII-484 in-12, fr. 3.50.

Id. *Colliers d'esclaves* in DICTIONN. D'ARCHÉOL. CHRÉT. ET DE LITURGIE publié par F. CABROL, fasc. 31 vol. III col. 2140-57 in-4 — Paris Letouzey et Ané '13.

Id. Storia critica delle persecuzioni, I e II secolo. Trad. dalla 4 ed., di E. LARI — Firenze Libreria editr. fiorentina '14, p. XIV-440, L. 5.50.

ALLGEMEINE RECHTSGESCHICHTE. I Hälfte: Orientalisches Recht u. Recht der Griechen u. Römer von J. KOHLER u. L. WENGER (in DIE KULTUR DER GEGENWART II Teil, VII, 1) — Leipzig-Berlin Teubner '14, p. VI-302, M. 9.

ALTITALISCHE INSCRIFTEN ausgewählt von H. JACOBSON — Bonn
 Marcus u. Weber '10, p. 32 in-16, 80 Pf.

ATLATEINISCHE INSCRIFTEN ausgewählt von E. DIEHL — Bonn
 Marcus u. Weber '08, in-16, M. 1.80.

ANDERSSEN W. Das Wert der RG. u. seine Grenzen — Lausanne
 u. Leipzig Frankfurter '11, p. 32, 80 Pf.

ANDRICH G. L. Istit. di dir. priv. it. Introduzione. Libro I sez. 1,
 Persone e cose — Bologna Beltrami-Cappelli '13, p. xv-272, L. 4.

ANTONINI E. Il Senatus-consultum ultimum. Note differenziali e
 punti di contatto col moderno stato d'assedio (Tesi Torino) — ib. An-
 fossi '14, p. xi-140.

ARANGIO-RUIZ V. Le genti e la città (Discorso) — Messina D'An-
 gelo '14, p. 71.

ARISTOTELES Politik. Neu übersetzt u. mit einer Einl., erkl. An-
 merk. u. Register versehen von Dr. E. ROLFES — Leipzig Meiner '12,
 p. xvi-274-50, M. 440.

ARISTOTLE Politics, ed. by A. D. LINDSAY — New York Dutton
 '13, p. 18-264 in-12°, 35 cs.

ARNOLD W. T. The Roman System of Provincial Admin. to the
 Accession of Constantine the Great, 3 ed. revised by E. S. BOUCHIER —
 London Blackwell '15, p. 298, s. 5.

ASDOURIAN P. P. Die polit. Beziehungen zwischen Armenien u.
 Rom von 190 v. Chr. bis 428 n. Chr. (Diss. Freiburg Schweiz) — Venedig
 Mechitaristenbuchdr. '11, p. iv-196 con fig.

BALOG E. Skizzen aus der röm. RG. (I Die Gleichzeitigkeit der
 Gardepräfektur des Julius Paulus u. Dom. Ulpianus; II Ueber den
 Charakter der Noten des Jul. Paulus, Dom. Ulpianus u. Aelius Mar-
 cianus zu Aem. Papinianus' Schriften) — in ÉTUDES... GIRARD, tomo II
 p. 337-540.

ID. Ueber das Alter der Ediktskommentare des Gaius. Eine Skizze
 aus der röm. RG. — Hannover Hellwing '14, p. 169, M. 6.

BAUDON H. R. Evolución del espíritu de la obligación en Roma —
 Madrid Reus '13.

BAUER C. Die Haftung des Geschäftsherrn gegenüber Dritten
 nach röm. u. nach heut. bürgerl. R. (Diss. Breslau) — ib. Fleischmann
 '12, p. 39.

BAUMGARTEN F., POLAND F., WAGNER R. Die hellenistisch-röm. Kultur — Leipzig Teubner '13, p. xiv-674 (tavole ecc.), M. 10.

Βεγαρης, Τῶν περὶ τὸ δίκαιον καὶ τὴν πολιτείαν φιλοσοφουμένων — Ἐν Παρίσις Capiomont '13, p. 287

BELLEVUE. François le Douären fameux jurisconsulte du xvi^e siècle, originaire de Moncontour — Saint-Brieuc Prud'homme '10, p. 8.

BELOCH K. J. Griech. Gesch.² II Bd., Bis auf den sophist. Bewegg. u. den peloponnes. Krieg 1 Abt. — Strassburg Trübner '14, v. viii-432, M. 8.

BENIGNI U. Storia sociale della Chiesa, II vol., Da Costantino alla caduta dell'Imp. rom. — Milano Vallardi s. a. ('13), p. vi-430.

BERNDT G. Der röm. concursus actionum in seiner Bedeut. für das heut. Privat-und Prozessrecht (Diss. Breslau) — Borna-Leipzig Noske '13, p. 89, M. 1.80.

BERRA G. L'avaria maritt. nella sua genesi stor. (Diss. Torino) — s. n. t. '14, p. vii-82.

BERTOLINI C. Appunti didatt. di dir. rom. Serie seconda: Il processo civile, II — Torino Unione tip.-ed. '14, p. 305, L. 6.

BESELER C. Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, 3 Heft* — Tübingen Mohr '13, p. iv-212, M. 8.

BESNIER M. *vedi* CAGNAT R.

BEYER P. Der Sachnotstand im röm. u. d. R. (Diss. Heidelberg) — ib. Winter '13, p. 85.

BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA diretta da V. PARETO. Fascicolo 108, vol. V: HUMBERT G. Saggio sulle finanze e sulla contab. pubbl. presso i R., p. 241-288 (cont.). Fasc. 110, vol. III: REINACH TH. Del valore proporzionale dell'oro e dell'argento nell'antichità, p. 577-583 (fine); PERROT G. Il commercio del denaro e il credito ad Atene nel 4^o secolo avanti la nostra èra, p. 585-624 (cont.). Fasc. 111, vol. V:

* Methode. Ueb. Mitteis Z. '12 Interpolationenforschung. Der Stil Plinius des Jüngeren u. der Juristenstil. Einzelne Stellen. Absurdus, absurde. Articulus. Attamen. Benigne. Cadere in. Circa. Contendere (confirmare). Contrahentes. Cum causale c ind. Damnosus. Dirimere. Dispendium. Divinare. Dum. Emergere. Ex causa (absolut). Ferendus. Forsan etc. Hactenus. Id (hoc) agere, ut (ne). Igitur vorgestellt u. itaque nachgestellt. Imputare. Incumbere. Instar. Iste. Merus. Necesse habere. Neququam. Nihil prohibet. Posse et debere. Recedere. Refundere. Ridiculus. Secundum hoc u. ä. Securitas. Substantia. Erbbaurecht. In iure cessio. Klagenzession. Actio furti. Actio de in rem verso. Publiciana. Si heres noluerit u. ä. Genuskauf. Actio dotis. Nachträge. Verz. der Quellenstellen.

HUMBERT G. u. s., p. 289-336 (cont.) — Milano Società editr. libr. '13, L. 1 il fasc.

BIBLIOTHECA IURIDICA MEDII AEVI ed. A. GAUDENTIUS. Scripta anecdota glossatorum. Ed. II emendata curante J. B. PALMERIO, Vol. I e Add. — Bononiae Azzoguidi (Beltrami-Cappelli) '14, p. VI-266 e III-287, L. 100.

BIEDERMANN E. Studien zur ägypt. Verwaltungsgesch. in ptolem.-röm. Zeit. Der βασιλικὸς Γραμματεὺς — Berlin Weidmann '13, p. XI-123, M. 3.60.

BIONDI B. Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis, Fasc. I — Palermo Reber '13, p. 212, L. 6.

ID. Il giuramento decisorio nel proc. civ. rom. — id., p. 144, L. 5.

BLECKMANN F. *vedi* GRIECH. INSCRIFTEN.

BLOCH G. La République rom. Conflits polit. et sociaux — Paris Flammarion '13, p. 333 in-16, fr. 3.50.

BLOCH L. Soziale Kämpfe im alten Rom³ — Leipzig Teubner '13, p. IV-148 in-16°, M. 1.

BOBES PANAYT Les cas d'application du droit de rétention — Paris Giard et Brière '13, p. 208.

BONNECASE J. La *Thémis* 1819-31, 2 éd. augm. d'une Introd. gén. à l'hist. de la science du droit privé en France de 1789 à 1830 — Paris Tenin '14, p. x-384, fr. 11 (*Cfr. qui* p. 352).

BOROWER C. Die Wirkungen des Gläubigerverzuges nach gem. R. u. dem R. des BGB. (Diss. Greifswald) — ib. Abel '13, p. 108.

BORTOLAN G. Del dir. di accrescere (d. di non decrescere) e questioni dipendenti — Rocca S. Casciano Cappelli '13, p. 434, L. 7.50.

BORTOLUCCI G. Actio utilis. Fasc. I — Modena Società tip. modenese '09 (pubblicato nel '14), p. 56.

BOUCAUD CH. La première ébauche d'un droit chrétien dans le dr. r. — Paris Tralin '14, p. 171 in-16, fr. 2.50.

BOUCHÉ-LECLERCQ A. Histoire des Séleucides 323-64 avant J. Chr. — Paris Leroux '13, p. IV-48.

BOULARD L. La vente dans les actes coptes — in *ÉTUDES... GIRARD*, Tomo II p. 1-94.

BRAAMS W. Zur Gesch. des Ammenwesens im klass. Alt. — Jena Fischer '13, p. 31, M. 1.

BRINI G. Relazione... premio Ceneri: *Tumedei-Sacconi A.* Se il beneficio della separaz. dei beni tolga diritto ai creditori ereditari sul patrim. dell'erede — in ANNUARIO DELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA '13-'14, ivi Monti e Noe '14, p. 125-8.

BRINZ A. Lehrb. der Pandekten²⁻³. Vol. I (Rist.) — Leipzig Deichert '14.

BRY J. L'Édit de Caracalla de 212 d'après le papyrus 40 de Giesen — in ÉTUDES... GIRARD, Tomo I p. 1-42.

BRYCE J. The Ancient Roman Empire and the British Empire in India. The Diffusion of Roman and English Law throughout the World. (Two Histor. Studies) — Oxford University Press '14, p. viii-138, s. 6.

BUONAIUTI E. Il Cristianesimo primitivo e la politica imper. rom. — Roma Tip. del Senato '13, p. 86.

BURGH W. G. DE The Legacy of Greece and Rome — London Macdonald '12, p. ix-192 (Maps).

BUTERA A. *Tesoro* in IL DIGESTO ITALIANO disp. 790, 15^a del volume XXIII parte 1 pagg. 970-6, 4^o, (cont.), — Milano Società editr. libr. '14, L. 2 la disp.

BYZANTINISCHE PAPYRI *vedi* VERÖFFENTLICHUNGEN.

CAGNAT R. Cours d'épigraphie latine⁴ — Paris Fontemoing '14, p. xxviii-504 (28 pl.), fr. 28.

CAGNAT R. et BESNIER M. L'année épigraphique ('13). Revue des public. épigr. relatives à l'antiq. rom. — Paris Leroux '14, fr. 3.50. (*Cfr. qui* pag. 347).

CAILLEMER R. Les idées coutumières et la renaissance du dr. r. dans le Sud-Est de la France — in ESSAYS IN LEGAL HISTORY, p. 26.

CALHOUN G. M. *vedi qui* pag. 337 — Austin University of Texas '13, p. 172.

CANTARELLI L. La serie dei prefetti d'Egitto III — Roma Accad. Lincei '13, p. 57 in-4.

Id. Le regioni suburbicarie e una polemica del secolo xvii (Pro-lusione) — in PER CESARE BARONIO. SCRITTI VARI ECC. Roma Aethenaeum s. a. ('12), p. 471-487.

CARDINALI G. Il primato di Roma* — Bologna Zanichelli '13.

* Con questo titolo sono riuniti i due articoli nn. 29 e 30 della Rivista *Scientia* (qui a. xxv p. 315) e secondo il sistema havvi anche la trad. francese «La primauté de Rome».

CARBONE C. L'Editto di Milano, da chi e perchè? la persona, il fatto, il motivo — Macerata Giorgetti '14, p. 151, L. 1.

CARINCI N. Le istituzioni pupillari nella storia del d. e nella legis. civile comparata. Libro I: La tutela giurid. dei minorenni nel d. antico — Chiavari Colombo '14, p. XIII-285, L. 5.

CARLYLE A. J. The Influence of Christianity upon Social and Political Ideas — London Mowbray s. a. ('12), p. XI-129, 16°.

CARRARA G. Le caducità enfiteutiche — Milano Vallardi '14, pagine VIII-226, L. 4.

CARTER J. B. Family (Roman) — in ENCYCLOPAEDIA OF RELIGION AND ETHICS, edited by J. HASTINGS etc. Vol. V, Edinbourg Clark '12.

ID. The Problem of the Rex Sacrorum — in ACTES DU IV^e CONGRÈS INTERNAT. D'HIST. DES RELIGIONS tenu à Leide, ib. Brill '13.

CASATI DE CASATIS C. Les Etrusques, leur langue et leur civilisation — Paris Picard '14, fr. 6.

CASSIN R. De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus) etc. — Paris Tenin '14, p. VIII-800, fr. 15.

CASTELLI G. I Παρραφερνα nei papiri greco-egizii e nelle fonti rom. — Milano Cogliati '13, p. 74.

CATALOGUE GÉNÉRAL DES ANTIQUITÉS ÉGYPTIENNES DU MUSÉE DU CAIRE. Vol. LXVII: MASPERO J. Papyrus grecs d'époque byzantine. Tomo II fasc. 3 — Le Caire (Leipzig Hiersemann) '13, p. 169-263 pl. 4°, fr. 37.25.

CAVAIGNAC E. Une question de méthode (Tributs) — in MÉLANGES HOLLEAUX, Paris Picard '13.

ID. Hist. de l'antiquité. T. III^e: La Macédoine, Carthage et Rome (330-107) — Paris Fontemoing '14, p. XXIV-486 (plans et cartes), fr. 12.

CHAMBERLAIN H. S. La genèse du XIX^e siècle, éd. franc. par R. GODET³, T.^e 1^{er} (Le droit romain, p. 161-253) — Paris Payot '13, col 2^o volume fr. 12.

CHECCHINI A. Studi storico-critici sull' *Interpretatio* al Codice Teodosiano — in SCRITTI VARI IN MEM. DI G. MONTICOLO, Venezia Fabris '13, p. 53.

ID. La traditio e il trasfer. della proprietà immobil. nei docum. medievali — Padova Drucker '14, p. 193, L. 5.

CICALA F. B. Le idee madri del moderno pensiero giurid. (Disc.) — Firenze tipogr. Galileiana '13, p. 55.

CICCAGLIONE F. Carattere delle ist. polit. ital. nell'alto medio evo — Catania Mattei (Giannotta) '12, p. 46 (estr. dagli SCRITTI IN MEMORIA DI A. MAJORANA; ora ivi vol. I, '14, p. 37-82).

CICERONE Q. T. *vedi* MANUALE DEL CANDIDATO.

CLARK E. C. Numismatic Illustrations of the History of R. L. — in ESSAY IN LEGAL HISTORY, p. 10.

ID. History of R. Private Law, Part II Jurisprudence, 2 vol. — Cambridge University Press '14, p. xiv-802 in 16°, s. 21.

ID. *vedi* pag. 301. n. *

CLAY A. T. Legal Documents from Erech dated in the Seleucid Era — New York '13.

COGLIOLO P. Scritti vari di dir. privato. Vol. II * — Torino Unione tip. ed. '13, p. 372, L. 6.

COHN C. Forderungen ohne Vermögenswert (Diss. Marburg) — Berlin Frensdorf '13, 73.

COLI U. Collegia e sodalitates. Contrib. allo studio dei collegi nel d. r. — Bologna presso il Semin. Giurid. '13, p. 149, L. 4 (*vedi* COSTA E.).

COLLAS G. F. Gesch. des Flagellantismus etc. I Bd. Der Flag. im Altertum — Leipzig Wigand '13, p. xxiv-382, M. 10.

COMPARETTI *vedi* PAPIRI GRECO-EGIZI.

CORPUS AGRIMENSORUM ROMANORUM rec. C. Thulin. Vol. 1 fasc. 1 — Lipsiae Teubner '13, p. iv-171 in-16 (tab.), M. 7.

COSTA E. Relazione... premi V. E.: *Coli U. Collegia u. s.* — in ANNUARIO DELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA '13-14, ivi Monti e Noe '14, p. 107-9.

* Sul metodo nelle ricerche di d. privato. Il progr. del d. priv. nell'ultimo cinquantenario. Il lavoro logico dei giuristi, Forme e formule giuridiche. Bonus iudex. La lingua giuridica. Per un corso di scuola pratica civile. In fraudem legis. Limiti alla proprietà nascenti dai rapporti di vicinanza. Rapporto fra le sorgenti d'acqua e le industrie tessili stabilite sul corso d'acqua. Di nuovo del presupposto contrattuale. Unum negotium. La teoria della colpa. Il bonus paterfamilias e l'arb. boni viri. La validità dei sindacati. Il mediat. di matrimoni (Conciliator nuptiarum). La ricerca della paternità. Se la rottura degli sponsali obblighi ai danni. Le cassette forti di sicurezza noleggiate sotto nome fittizio. Le ant. locaz. perpetue ed il Cod. italiano. I fedecommissi e la prescrizione centenaria. La clausola arbitrale nei testamenti, Il giudice familiare. Disputa giurid. circa un caso pratico di legato perp. a tratto successivo. Di una dispos. orale mortis causa. Il pignus nominis nel dir. italiano. Concetti fondam. circa la negotiorum gestio. I doni manuali. Clausola di inalienabilità di usufrutto.

COUVREUR A. La femme aux différentes époques de l'histoire (Conférences) — Le Caire Université Egypt. (Libr. Diemer) '10, p. 664.

CROMER (EARL OF) Rome and Municipal Government (*Reid J. E.* The Municipalities etc.) — in *Id.* Political and Literary Essays '08-'13, London Macmillan '13, p. 340-350 (*cf. qui pag.* 354).

CUGIA S. L'invalidità totale della istit. d'erede: d. r. classico e giust. — Napoli Alvano '13, p. 93, L. 3.

DAL MONTE G. Il disonore della giustizia nella condanna di Gesù — Forlì Montanari '11, p. 37.

DAREMBERG CH. *vedi* DICTIONNAIRE DES ANTIQUITÉS.

DE BACCI VENUTI T. Dalla grande persecuz. alla vittoria del Cristianesimo — Milano Hoepli '13, p. XXXI-339, L. 4.50.

DE FRANCISCI P. Saggi romanistici (1 'Επίτροπος καὶ κουράτωρ nel Libro siro-romano; 2 Dig. 30. 54 pr. e Apul. *Apol.* 97. 3; 3 Per la storia del *Vaticanus lat.* 7277; 4 Appunti eseget. intorno alle usurae rei iudicatae) — Pavia Mattei '13, p. 77.

Id. Legge delle Dodici Tavole — Milano Società editr. libr. '13, p. 64, L. 2 (estr. dalla ENCICLOP. GIURID. ITAL. vol. IV parte 6^a).

Id. Συμβαλλαγμα. Storia e dottr. dei cosiddetti contratti innominati. Vol. I — Pavia Mattei '13, p. 376.

DEL GIUDICE P. Sulla questione dell'unità o dualità del dir. in Italia sotto la dominaz. ostrogota — in *Id.* Nuovi studi di storia e dir., Milano Hoepli '13, p. 327-340.

DEMAN MAGOFFIN R. VAN The Quinquennales — Baltimore John Hopkins Press '13, 50 cs.

DE MARCHI A. *vedi* MANUALE DEL CANDIDATO e PICCOLO MONDO ANTICO.

DE PAZMANY Z. Il d. r. in Ungheria (*in ungher.*) — Pozsoni Angermayer '13, p. 14.

DE RUGGIERO E. Dizion. epigraf. di antich. rom. Fasc. 119 e 120, 121 e 122: Vol. II fasc. 64 e 65 (... *Domitianus-Dyrrachium*) p. 2017-2080. Vol. III fasc. 21 e 22 (... *Helvetii-Heres...*) p. 673-736 — Spoleto Tipogr. dell' Umbria (Roma Pasqualucci) '14, L. 1.50 il fasc.

Id. *vedi* FADDA C.

DE SANCTIS G. I nomophylakes in Athene — in ENTAPHIA, IN MEMORIA DI E. POZZI, Torino Bocca '13, p. 1-14.

DESSAU H. *Inscriptiones latinae selectae*. Vol. III pars I — Berlin Weidmann '14, p. iv-600, M. 20.

DICTIONNAIRE DES ANTIQUITÉS GRECQUES ET ROMAINES... CH. DAREMBERG, E. SAGLIO etc. Fasc. 48 e 49 (...Tibia-Vasa...). Vol. V parte 1 p. 329-648, 4° — Paris Hachette '13 e '14, fr. 5 il fasc.

DIEHL CH. Iustinian. The Imperial Restoration in the West e Iustinian's Government in the East; in CAMBRIDGE MEDIAEVAL HISTORY (THE) vol. II 1-52 — Cambridge University Press '13.

ID. *vedi* ALTILATEIN. INSCRIPTEN, INSCRIPTIONES LATINAE, POMPEIAN. WANDINSCHRIFTEN.

DI MARZO S. Corso di storia del d. r. (a puntate) — Roma Athenaeum '14, p. 161-208 (cont.).

DIZIONARIO EPIGRAFICO DI ANTICH. ROM. *vedi* DE RUGGIERO E.

DORMIDONTOV G. F. Sistema del dir. rom.: dir. reali (*In russo*) — Kasan '13, p. 204, R. 150.

DREHER. Das Verlöbniß. Eine histor.-jurist. Unters. (Diss. Greifswald) — '14, p. 140.

DRERUP E. Ein neuer Papyrus. Klagschrift des Horion, Sohnes des Mystes — in FESTSCHRIFT G. v. HERTLING, Kempten-München Kösel '13, p. 199-201.

DRIESCH C. W. Der jurist.-technische Begriff der verbrauchbaren Sachen und seine rechtl. Bedeut. für das heutige bürgerliche Recht (Diss. Erlangen) — '13, p. 62.

DRUCKER H. L. *vedi* MODDERMAN W.

DUMAS A. Les origines romaines de l'art. 1150 du Code Civil (L. un. C. 747) — in ÉTUDES... GIRARD Tomo II p. 95-124.

EDMUNDSON G. The Church in Rome in the First Century (Eight Lectures) — London Longmans Green '13, p. XIII-296, s. 7. 6.

EHRENBERG V. *vedi* REHME P.

ELTER A. Ein athen. Gesetz üb. die eleusin. Aparche (Progr.) — Bonn Marcus u. Weber '14, col. 56, M. 1.

ENGELMANN W. Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem ital. R. des Mittelalters —, in FESTSCHRIFT FÜR K. BINDING Leipzig Engelmann 11, vol. II p. 387-610.

ERCOLE F. Sulle fonti e sul contenuto della distinzione fra tirannia « ex defectu tituli » e tirannia « exercitio » — Firenze Carnasecchi '12.

Id. *Tractatus de tyranno* von C. Salutati. Krit. Ausgabe mit einer histor.-jurist. Einl. — Berlin. Rothschild '14, p. xv-205-LXVIII, M. 10.

ESMEIN A. La maxime *princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public fr. — in *ESSAYS IN LEGAL HISTORY*, p. 14.

ESSAYS IN LEGAL HISTORY read before the INTERNATIONAL CONGRESS OF HISTORICAL STUDIES held in London in '13 ed. by P. VINOGRADOFF. *Vedi qui*: CAILLEMER R., CLARK E. C., ESMEIN A., GOUDY H., LENEL O., POLLOCK F., RICCOBONO S., VINOGRADOFF P., WENGER L. — London Humphrey Milford, 14, p. viii-396, una ghinea.

ETUDES D'HISTOIRE JURIDIQUE OFFERTES A P. F. GIRARD par ses élèves. *Vedi qui*: BALOG E., BOULARD L., BRY J., DUMAS A., FLINIAUX A., GOYAU G., GUENOUN L., JUSTER J., KROELL M., LÉVY-BRUHL H., LYON E., MARIA P., MARTIN O., PERROT E., PETOT P., PISSARD H., RAMADIER P., RICCI S. DE, SENN F., TESTAUD G., THÉLOHAN J., THOMAS P., TOURTOULON P. DE, VERNAY E., VIARD P. — 2 volumi, Paris Geuthner '13, p. xxi-440 e 540 in-4°, 50 fr.

FADDA C. e DE RUGGIERO R. Usufrutto e dir. affini. Servitù: Lezioni di d. r. — Napoli Alvano '14, p. 199 e 113, L. 13.

FEDELI C. L'Editto costantiniano e la sua genesi — Siena Tipogr. sociale '13, p. 37.

FERGUSON W. S. *Hellenistic Athens: an histor. essay* — London Macmillan '11, p. 504.

Id. *Greek Imperialism* — Boston Houghton Mifflin '13 (London Constable) '13, p. xiv-258, Doll. 2 (s. 8. 6.).

Id. *The Legal Terms Common to Macedonian Inscriptions* — Chicago Press Illinois (Cambridge University Press) '13, p. 109, 75 cs.

FERRABINO A. *Θεσσαλῶν Πολιτεία* — in *ENTAPHIA, IN MEMORIA DI E. POZZI*, Torino Bocca '13, p. 69-128.

FERRARA F. Della simulazione nei negozi giurid.⁴ — Milano Società editr. libr. '13, p. xiv-386, L. 10.

Id. *Teoria del negozio illecito nel dir. civ. it.*² — id., p. xvi-320, L. 8.

FERRARI G. *Ricerche sul dir. ereditario in Occidente nell'alto medioevo con spec. riguardo all'Italia* — Padova Drucker '14, p. vi-211, L. 8.

FIORAVANTI P. La nullità relativa dell'ipoteca costituita su cosa altrui (Tesi Torino) — ivi Tip. Subalpina '13, p. 42.

FISCHER O. Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte — in FEST-SCHRIFT FÜR A. WACH vol. I, p. 92, Leipzig Meiner '13, M. 3.

FLINIAUX A. Les effets de la simple absence dans la procéd. de l'Ordo judic. privat. à l'époque de Cicéron (*pro Quinctio* XIX, 60; in *Verrem* II, 2, 22-26) — in ÉTUDES... GIRARD Tomo I p. 43-64.

FOIGNET R. Manuel élém. de dr. r.³ — Paris Rousseau '13, p. 342 in-8.

FOORD E. The Byzantine Empire. The Reaguard of Europ. Civilisation — London Black '11, p. xii-432 ill.

FRACASSINI U. L'Impero e il Cristian. da Nerone a Costantino — Perugia Bartelli e Verando '14, p. vi-305, L. 4.

FRACCARO P. Studi sull'età dei Gracchi. La tradizione storica sulla rivoluz. gracciana — Città di Castello '14, in-16°, L. 6.

FRACCAROLI G. vedi PLATONE.

FRANK T. Roman Imperialism — New York Macmillan '14, p. 13-365, Doll. 2 1/2.

FRAENKEL M. G. Die Bedeut. der L. 18 § 2 D. *de mortis causa donat. et capion.* 39. 6 für die Lehre von den mortis causa cap. nach reinem röm. R. etc. (Diss. Greifswald) — '13, p. 73.

FUSTEL DE COULANGES Recherches sur quelques problèmes d'histoire (*Specialm.* Le colonat romain)³ (Rist.) — Paris Hachette '13, p. iv-534.

GABBA C. Nuove questioni di dir. civ.² Vol. II (Intorno alla natura giurid. della divis. Decorrenza degli interessi dovuti dallo Stato sulle tasse ed imposte indebitamente percette. Se i discendenti di un figlio unico premorto succedano per dir. proprio o per rappresentazione) — Torino Bocca '14, p. 300, L. 8.

GABE S. Die geistigen u. sozialen Bestrebungen Athens im 5 vorchr. Jahrhundert im Spiegel der aristophanischen Komödie, I — Czernowitz Schally '13, p. 55, M. 1,50.

GAI INSTITUTIONES IURIS ROMANI comment. quattuor. In usum scholarum edidit P. NOVELLIUS — Romae Loescher '14, p. x-211 in-16°, L. 3.

GAIO. Elementi di d. r. Appunti in quattro libri. Versione ital. con note di P. NOVELLI — Roma Loescher '14, p. xxviii-281 in-16°, L. 4.

GALDI M. Delle servitù prediali. Vol. I e II — Torino Unione tip.-ed. '13, p. 450 e 454, L. 10 il vol.

GALGANO S. I limiti subbiettivi dell'antica usucapio. Appunti critici — Napoli Golia '13, p. 110.

GARDINER A. H. *vedi* THEBAN OSTRAKA.

GEIGER F. De sacerdotibus Augustorum municipalibus (*Dissert. philol. Halenses* XXIII. 1) — Halle Niemeyer '13, p. vi-145, M. 4.80.

GELZER M. Regimentsfähigkeit u. Nobilität der röm. Republik (Hab.-Schr. Freiburg) — '12, p. 42.

Id. *vedi* pag. 354 — Heidelberg Winter '14, p. 78 (3 Taf.) M. 2 1/2.

GENICON J. De la règle « nemo praecise potest cogi ad factum » — Bordeaux Cadoret '10, p. 300.

GERÉB J. Az athéni demokrácia legjelentősebb vonásai (I caratteri essenz. della democr. ateniese) — Pest '12, p. 12.

GERLICH F. Gesch. u. Theorie des Kapitalismus — München Duncker u. Humblot '13, p. viii-406, M. 10.

GIANNELLI G. Il sacerdozio delle Vestali romane — Firenze Galletti e Cocci '13, p. 97 con due tav., L. 8.

GIBBON E. The History of the Decline and Fall of the Roman Empire. Edited with Introd., Notes etc. by J. B. BURY. Vol. VII — London Methuen '14, p. 558, s. 10.6.

GIERKE O. Das deutsche Genossenschaftsrecht. III Bd.: Die Staats- u. Korporationslehre des Altertums u. des Mittelalters u. ihre Aufnahme in Deutschland (Rist., 1881) — Berlin Weidmann '13, p. lii-826, M. 20.

GIGLI A. B. L'influenza degli ideali cristiani sullo svolgim. della società e del diritto (Tesi Torino) — ivi Derossi '13, p. 98.

GILLIS F. Gewährschaftzug u. Laudatio auctoris etc. — Breslau Marcus '13, p. viii-106, M. 3.60.

GIRARD P. F. *vedi* ÉTUDES D'HISTOIRE JURIDIQUE.

GOTHEIN E. *vedi qui* pag. 354 — Heidelberg Winter '13, p. 42, M. 1.40.

GOUDY H. Two Ancient Brocards (Actio personalis moritur cum persona. Cuius est solum ejus est usque ad coelum) — in ESSAYS IN LEGAL HISTORY, p. 18.

Id. Dreiteiligkeit im röm. Recht. Aus dem englischen übertragen von E. EHRLICH — München-Leipzig Duncker u. Humblot '14, p. vi-71, M. 2.

GOYAU G. La tétrarchie — in ÉTUDES... GIRARD, Tomo I p. 65-83.

GRADENWITZ O. *vedi* a. XXV pag. 315 — Heidelberg Winter '13. p. 9, M. 0.50.

GREAT JURISTS OF THE WORLD edited by J. MACDONELL and E. MANSON (Gaius, Papinian, Ulpian, Bartolus, Alciati, Cujas, Albericus Gentilis, Bacon, Grotius, Selden, Hobbes, Zouche, Colbert, Leibnitz, Pufendorf, Bynkershoek, Montesquieu, Pothier, Vattel, Beccaria, Stowell, Bentham, Mittermaier, Savigny, Jhering)* — London Murray '13, p. xvi-607 (with Portraits), s. 21 (cfr. la Rivista JCL. *qui* pag. 342 e in spogli precedenti).

GRENFELL B. P. *vedi* OXYRH. PAP.

GRIECHISCHE INSCRIFTEN ZUR GRIECH. STAATENKUNDE. Ausgewählt v. F. BLECKMANN — Bonn Marcus u. Weber '13, p. 79, M. 2.

GRIECHISCHE PAPYRI. Ausgewählt u. erklärt von H. LIETZMANN² — Bonn Marcus u. Weber '10, p. 32, 80 Pf.

GSELL S. Histoire anc. de l'Afrique du Nord. Vol. I — Paris Hachette '13, p. 544, fr. 10.

GUENOUN L. La lex Sempronia judiciaria (632 U. C.) — in ÉTUDES... GIRARD, Tomo I p. 85-97.

GUIDI G. *Commissorio (Patto)* in ENCICLOP. GIUR. ITAL. fasc. 605. Vol. III parte II sez. III pagg. 344-354, 4° — Milano Società editr. libr. s. a. [14], L. 2 il fasc.

GUENTER E. Die Sicherungsübereignung im griech. R. (Diss. Königsberg) — '14, p. 82.

HAGEN O. Die *condictio ob turpem causam* im gem. R. u. BGB. (Diss. Erlangen) — '13, p. 66.

HATZFELD J. Esclaves Italiens en Grèce — in MÉLANGES HOLLEAUX, Paris Picard '13.

HAVERFIELD F. Ancient Town-Planning — Oxford Clarendon Press '14, p. 192 (plates, ill.), s. 6.

Id. Romain Britain — in CAMBRIDGE MEDIAEVAL HISTORY (THE), Vol. I p. 367-381, Cambridge University Press '11.

HEISENBERG A. *vedi* MÜNCHENER PAPYRI.

HELLMANN F. Terminolog. Untersuchungen über die rechtl. Unwirksamkeit im röm. R. — München Beck '14, p. III-309, M. 16.

* Gli scritti che interessano specialmente il d. r. sono di: J. C. LEDLIE, E. C. CLARK, C. PHILLIPSON, W. RATTIGAN, J. E. G. DE MONTMORENCY, J. MACDONELL.

HENNEBICQ L. L'idée du juste dans l'Orient grec avant Socrate — Bruxelles Larcier '14, p. iv-460.

HERSHEY A. S. The Essential of International Public Law — New York Macmillan '12, p. XLVIII-558 (p. 26-56 Intern. Rel. during Antiq. and the M., Ages).

HEYMANN E. Das Verschulden beim Erfüllungsverzug. Zugleich ein Beitrag zur Gesch. d. Obligationenrechts — in FESTGABEN FÜR L. ENNECERUS etc., Marburg Elvert '13, p. 174.

HILLER DE GAERTRINGEN *vedi* INSCRIPTIONES GRAECAE.

HIRSCHFELD O. Kleine Schriften * — Berlin Weidmann '13, p. ix-1011, M. 30.

*) **Inhaltsverzeichnis:** I. Timagenes und die gallische Wandersage (1894). — II. Beiträge zur Geschichte der Narbonensischen Provinz (1889). — III. Die Krokodilmünzen von Nemausus (1883). — IV. Zu der lex Narbonensis über den Provinzialflaminat (1888). — V. Gallische Studien I (1883). Gallische Studien III (1884). — VI. Die Organisation der drei Gallien durch Augustus (1908). — VII. Le Conseil des Gauls (1904). — VIII. Lyon in der Römerzeit (1878). — IX. Zur Geschichte des Christentums in Lugudunum vor Constantin (1895). — X. Die Haeduer und Arverner unter Römischer Herrschaft (1897). — XI. Aquitanien in der Römerzeit (1896). — XII. Ius Papirianum (1903). — XIII. Der Aequersieg des Cincinnatus (1908). — XIV. Zur Geschichte der römischen Tribus (1908). — XV. Die Wahl der Volkstribunen vor dem Publilianischen Gesetz vom Jahre 471 v. Chr. (1909). — XVI. Die Beseitigung der Comitia centuriata für die Beamtenwahlen (1912). — XVII. Zur Geschichte des Decemvirats (1909). — XVIII. Zur Ueberlieferung des ersten Gallierkrieges (1909). — XIX. Zur Camillus-Legende (1895). — XX. Der Treuschwur der Italiker für Marcus Livius Drusus (1912). — XXI. Typische Zahlen in der Ueberlieferung der Sullanischen Zeit (1912). — XXII. Zur Geschichte des Lateinischen Rechts (1879). — XXIII 1. Der Endtermin der Gallischen Statthalterschaft Caesars (1904). — XXIII 2. Nochmals der Endtermin der Gallischen Statthalterschaft Caesars (1905). — XXIV 1. Die Kapitolinischen Fasten (1875). — XXIV 2. Die Kapitolinischen Fasten; zweiter Artikel (1876). — XXV. Der Name Germani bei Tacitus und sein Aufkommen bei den Römern (1898). — XXVI. Die Verwaltung der Rheingrenze in den ersten drei Jahrhunderten der römischen Kaiserzeit (1877). — XXVII. Zur Geschichte des panonisch-dalmatischen Krieges (1890). — XXVIII. Augustus ein Inschriftenfälscher? (1908). — XXIX. Die Uebertragung der Kaiserwürde und die Ungültigkeitserklärung der kaiserlichen Regierungshandlungen (1910). — XXX. Ueber ein Senatusconsultum vom Jahre 20 nach Chr. (1912). — XXXI. Die Neronische Christenverfolgung (1910). — XXXII. Decimus Clodius Albinus (1897). — XXXIII. Das Neujahr des tribunizischen Kaiserjahres (1881). — XXXIV. Die kaiserlichen Grabstätten in Rom (1886). — XXXV. Zur Geschichte des römischen Kaiserkultus (1888). — XXXVI. Die Flamines Perpetui in Africa (1891). XXXVII. Anzeige von J. hannes Schmidt, De seviris Augustalibus (1878). — XXXVIII. Der Grundbesitz der römischen Kaiser in den ersten drei Jahrhunderten (1902). — XXXIX. Die Sicherheitspolizei im römischen Kaiserreich (1891). — XL. Die ägyptische Polizei der römischen Kaiserzeit nach Papyrusurkunden (1892). — XLI. Die agentes in rebus (1893). — XLII. Die Rangtitel der römischen Kaiser.

HISTOR. ATTISCHE INSCRIFTEN. Ausgewählt u. erklärt von E. NACHMANSHON — Bonn Marcus u. Weber '13, p. 82, M. 2.20.

HISTOR. GRIECH. INSCRIFTEN bis auf Alexander den Grossen. Ausgewählt u. erklärt von E. NACHMANSHON — u. s., p. 60, M. 1.75.

HOHENLOHE C. Gründe der Schadensersatzpflicht in Recht u. Moral — Regensburg u. Rom Pustet '14, p. v-208, M. 2.

HOHLWEIN N. Papyrus choisis. Traductions et commentaires — Paris Champion '13, p. 116, fr. 3.50.

HOLLATZ H. De l'authenticité de la Loi des Douze Tables (Leçon) — Lausanne et Leipzig Frankfurter '11, p. 21, fr. 2.

HÖRNLEIN M. Die Lehre von der Spezifikation im gem. R. (Diss. Leipzig) '13, p. 36.

HUE O. Die Bergarbeiter. Histor. Darst. der Bergarbeiter-Verhältnisse von der ältesten bis in die neueste Zeit. I Bd. — Stuttgart Dietz '10, p. viii-455, M. 5.

HUMBERT G. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

zeit (1901). — XLIII. Die römische Staatszeitung und die Akklamationen im Senat (1905). — XLIV. Die römischen Meilensteine (1907). — XLV. Dacia (1874). — XLVI. Zu Polybius (1902). — XLVII. Hat Livius im 21 und 22 Buche den Polybius benutzt? (1877). — XLVIII. Die Annalen des C. Fannius (1884). — XLIX. Velleius Patereculus und Atticus (1912). — L. Dellius ou Sallustius? (1903). — LI. Zu Ciceros Briefen (1871). — LII 1. Antiquarisch-kritische Bemerkungen zu römischen Schriftstellern (1874). — LII 2. Antiquarisch-kritische Bemerkungen zu römischen Schriftstellern (1881). — LIII. Zu römischen Schriftstellern (1899). — LIV. Das Elogium des M. Valerius Maximus (1876). — LV. Die sogenannte Laudatio Turiae (1902). — LVI. Zu Monumentum Ancyranum (1885). — LVII. Zu den Silvae des Statius (1881). — LVIII. Die Bücherzahl der Annalen und Historien des Tacitus (1877). — LIX. Bemerkungen zu Tacitus (1883). — LX. Zur annalistischen Anlage des Taciteischen Geschichtswerkes (1890). — LXI. Zur Germania des Tacitus (1877). — LXII. Anlage und Abfassungszeit der Epitome des Florus (1899). — LXIII. Die Abfassungszeit der *MAKPOBIOI* (1889). — LXIV. Die Abfassungszeit der Responsa des Q. Cervidius Scaevola (1877). — LXV. Die Abfassungszeit der Sammlung der Scriptores Historiae Augustae (1910). — LXVI. Bemerkungen zu der Biographie des Septimius Severus (1884). — LXVII. Bemerkungen zu den Scriptores Historiae Augustae (1869). — LXVIII. Zur Geschichte der römischen Kaiserzeit in den ersten drei Jahrhunderten (1913). — LXIX. Auguste Allmer (1900). — LXX. Ludwig Friedländer (1910). — LXXI. Theodor Mommsens Römische Kaisergeschichte (1885). — LXXII. Gedächtnisrede auf Theodor Mommsen (1904). — LXXIII. Wann hat Seneca die Schrift *de brevitate vitae* verfasst? (1870). — LXXIV. Epigraphische Miscellen: I. Bauinschrift des Lagers von Carnuntum (1831); 2. Inschrift aus den Steinbrüchen von Brazza (1883). — Register.

HUMPHREY E. F. Politics and Religion in the Days of Augustine — New York '12, p. 5-220, Doll. 1 $\frac{1}{2}$.

HUNT A. S. *vedi* OXYRH. PAPYR.

INSCRIPTIONES GRAECAE AD RES ROMANAS PERTINENTES etc. T. IV fasc. 5 — Paris Leroux '14, fr. 3.

INSCRIPTIONES GRAECAE collegit O. KERN — Bonn Marcus u. Weber '13, p. xxiii e 50 Tav., M. 6.

INSCRIPTIONES GRAECAE consilio et auctor. Acad. Litter. Regiae Borussicae editae. Vol. V fasc. II, Inscript. Arcadiae, ed. F. HILLER DE GAERTRINGEN. Vol. XI fasc. 4, Inscript. Deli, ed. P. ROUSSEL — Berlin Reimer '13 e '14, p. xxxviii-194 (8 tab.) e p. vii-139 (6 tab.), M. 40.50 e M. 25.

Id. Vol. II et III ed. minor, pars I, Inscript. atticae Euclidis anno posteriores, ed. J. KIRCHNER. Fasc. I — id. '13, p. ix-337, M. 47.50.

INSCRIPTIONES LATINAE collegit E. DIEHL — Bonn Marcus u. Weber '12, p. xxxix e 50 Tav., M. 6.

INSCRIPTIONES LATINAE SELECTAE *vedi* DESSAU H.

INSTITUTES OF JUSTINIAN transl. into English with an Index by J. B. MOYLE⁵ — Oxford Clarendon Press '13, p. viii-220, s. 6.

IVANOV V. De societatibus vectigalium public. populi romani — Petropoli '10, p. 132.

JAECKEL O. Ist im System des heut. Privatrechts ein besonderer der röm. Novation analoger Erlöschungsgrund für Forderungen u. Schulden von Nöten? (Diss. Heidelberg) — Görlitz *Görlitzer Nachrichten* '13, p. 36.

JACOBSON H. *vedi* ALTITALISCHE INSCRIFTEN.

JANET P. Hist. de la science politique dans ses rapports avec la morale⁴, 2 voll. — Paris Alcan '13, p. ci-608 e 779, fr. 20.

JANSSEN W. H. TH. Das Ruhen der Rechte nach r. Recht u. d. BGB. (Diss. Münster) — Bonn Foppen '13, p. 109.

JOACHIMOVICI V. E. Le jusiurandum necessarium à l'époque classique du dr. r. (Thèse Paris) — ib. Giard et Brière '12, p. x-179.

JULIEN P. Zur Verwaltung der Satrapien unter Alex. dem Großen (Diss. Leipzig) — '14, p. 126.

JUSTER J. La condition légale des Juifs sous les rois visigoths — in *ÉTUDES...* GIRARD Tomo II, p. 275-335.

Id. Les Juifs dans l'Empire romain. Leur condition juridique économique et sociale, 2 volumi — Paris Geuthner '14, p. xx-820, fr. 30.

KALINKA E. *vedi* XENOPHON.

KAN J. VAN. Besitsverhoudingen (Rapporti possessori) — Amsterdam '14, p. 293, Fl. 3.

Id. Vrije rechtsvorming in Rome [Libera ammin. della giustizia...] — Leiden v. den Hoek '14, p. 32 (Discorso).

KEIL B. Griech. Staatsaltertümer: in EINLEITUNG IN DIE ALTERTUMSWISS. hrsg. von A. GERCKE u. E. NORDEN² III Bd. p. 307-431 — Leipzig Teubner '14.

KERN O. *vedi* INSCRIPTIONES GRAECAE.

KIRCHNER J. *vedi* INSCRIPTIONES GRAECAE.

KIST N. C. De verweerder in het eigendomsproces naar Romeinsch recht (Il convenuto nel processo sulla proprietà secondo il dir. rom.) — Leiden Sijthoff '14, p. xi-158 (Dissert.).

KITCHIN S. B. A History of Divorce — Cape Town Juta (London Chapman and Hall) '12, p. xvi-293.

KLAFFENBACH G. Symbolae ad historiam collegiorum artificum Bacchiorum (Diss. Berlin) — '14, p. 76.

KNIEP F. Gai Instit. Commentarius secundus §§ 97-289 (Testament. Erbrecht) e Comm. tertius §§ 1-87 (Intestaterbrecht. Universal-succession) Text m. Vorwort, Erkl. u. Anhängen — Jena Fischer '13 e '14, p. xiii-462 e 234, M. 9 e M. 6.

KOHLER J. *vedi* ALLGEMEINE RECHTSGESCHICHTE e WENGER L.

KOOIMAN C. L. Fragmenta juris Quiritium — Amsterdam Amst. Boek-en Steendrukkerij '14, p. xviii-404, Fior. ol. 6.

KORNEMANN E. Der Priestercode in der Regia u. die Entstehung der altröm. Pseudogeschichte (Diss. Tübingen) — '12, p. 73.

KROELL M. Etude sur l'institution des lites en dr. franc — in ÉTUDES... GIRARD Tomo II p. 125-208.

KRUEGER E. De Romanorum legibus sacris commentationes selectae (Diss. Königsberg) — ib. Kuemmel '12, p. 92.

KÜBLER B. Antinoupolis. Aus dem alten Städteleben — Leipzig Deichert '14, p. 46, M. 1.

LAFFONT P. Les opinions polit. et sociales de Marc-Aurèle (Thèse Toulouse) — '12, p. 155.

LAUM B. Stiftungen in der griech. u. röm. Antike. 2 Bde — Leipzig Teubner '14, p. x-255 e vii-224, M. 18.

LECLERCQ H. *Chambellan, Chargeurs, Charité, Chatiments, Circitor, Clavus, Colonat, Colonies d'Orientaux en Occident, Commerce, Concubinat, Condition sociale, Conductores*; in DICTIONNAIRE D'ARCHÉOL. CHRÉT. ET DE LITURGIE publié par F. CABROL, fasc. 24, 25, 29, 31, 32, vol. III col. 140-9, 220-3, 595-656, 1217-19, 1691-92, 1847-50, 2235-66, 2267-77, 2368-94, 2494-2500, 2500-02, 2502-03 — Paris Letouzey et Ané '13 e '14, in-4°.

LEDL A. Studien zur älteren athen. Verfassungsgesch. — Heidelberg Winter '14, p. vii-422, M. 10.

LEDLIE J. C. *vedi* pag. 301, n. *

LEFEBVRE CH. Cours de doctorat sur l'hist. du droit matrimonial français T^e. II^e Le lien de mariage, fasc. 1^{er} — Paris Larose et Tenin '13, p. 144, fr. 4.

LEFEBVRE G. Le dernier décret des Lagides — in MÉLANGES HOLLEAUX Paris Picard '13.

LEITNER M. Die Stellung des Bischofs vom Alt-Rom im Corpus Juris Civ. Justinians — in FESTSCHRIFT G. v. HERTLING, Kempten-München Kösel '13, p. 504-515.

LENEL O. Zur Gesch. der heredis institutio — in ESSAYS IN LEGAL HISTORY, p. 120-142.

LEO F. Gesch. d. röm. Literatur, I Bd.: Die archaische Liter. — Berlin Weidmann '13, p. iv-496, M. 12.

LEONHARD F. Fahrlässigkeit u. Unfähigkeit — in FESTGABEN FÜR L. ENNECERUS etc., Marburg Elwert '13, p. 76.

LEONHARD R. *vedi* TEUFFEL W. S.

LETTURE COSTANTINIANE ecc. — Roma Desclée '14, p. xi-223, L. 3 (TONIOLO G. Problemi ed ammaestram. sociali dell'età costantiniana; *cfr. qui* a. XXV pag. 314 e nel presente spoglio pag. 351).

LETZ E. Die Provinzialverwaltung Caesars (Diss. Strassburg) — ib. *Strassburger N. Nachrichten* '12, p. 102.

LEVY-BRUHL H. Examen d'un critérium grammatical de datation: le temps des verbes employés, dans les citations des juriscons. rom. — in ÉTUDES... GIRARD Tomo I p. 99-122.

LEWIS J. H. *The Two Great Republics: Rome and the United States* — Chicago and New York Rand '13, p. 304, Doll. 1.

LIEZMANN H. *vedi* GRIECH. PAPYRI.

LISIA. *Le orazioni tradotte e comm. da N. VIANELLO* — Torino Bocca '14, p. VIII-518, L. 10.

LOMONACO G. *Della distinzione dei beni e del possesso*² — Napoli Marghieri (Torino Unione tip.-ed.) '14, p. 639, L. 13 (IL DIR. CIV. ITALIANO PER CURA DI P. FIORE Parte III).

LÜBKER'S F. *REALLEXIKON DES KLASS. ALTERT.*, 8 Aufl. hrsg. von J. GEFFCKEN u. E. ZIEBARTH etc. — Leipzig Teubner '14, p. XII-1152, M. 26.

LÜTKEMANN C. W. *Justiznotariat oder Urkund- u. Friedensämter. Eine prozessvorbeug. Schrift mit zahlr. röm. u. d.-rechtl. Quellenstellen etc.* — Hannover Helwing '13, p. XIII-185, M. 4.50.

LYON E. *Le droit chez Isidore de Péluse* — in *ÉTUDES...* GIRARD, Tomo II p. 209-222.

MACDONELL J. and MANSON E. *vedi* GREAT JURISTS.

MAGOFFIN *vedi* DEMAN.

MANARESI A. *L'Impero rom. e il Cristianesimo, Studio storico* — Torino Bocca '14, p. XI-597, L. 12.

MANIGK A. *Savigny u. der Modernismus im R.* — Berlin Vahlen '14, p. 247, M. 6.

MANUALE DEL CANDIDATO. *Lettera di Q. T. Cicerone al fratello Marco de petitione consulatus. Sezione milanese dell'Atene e Roma* con pref. di A. DE MARCHI — Milano tip. *Figli della Provvidenza* '13, p. 26.

MARIA P. *Observations sur la possession du défendeur à la rei vindicatio* — in *ÉTUDES...* GIRARD, Tomo II p. 223-261.

MARTIN O. *Quelques observations sur l'operis novi nuntiatio* — u. s. Tomo I p. 123-169.

MARTROYE F. *Circellions* in *DICTIONNAIRE D'ARCHÉOL. CHRÉTIENNE ET DE LITURGIE* publié par F. CABROL, fasc. 29, vol. III col. 1692-1710 — Paris Letouzey et Ané '13, in-4°.

MASPERO J. *vedi* CATALOGUE GÉNÉRAL.

MAYR R. v. *Röm. Rechtsgesch.*: 3 Buch, *Die Zeit des Reichs u. Volksrechtes*; 4 Buch, *Die Zeit der Orientalisierung des r. Rechtes* — Berlin Göschen '13, p. 111 e 155 in-16, 90 Pf. ciasc.

Id. Gesetzeskunst — in Festschrift für E. Zitelmann Leipzig Duncker u. Humblot '13, p. 14.

M. C. (J.) Sumario de las explicaciones del profesor de la asignatura de Derecho romano. Preliminares é historia ext. del Derecho rom. — Madrid Reus '13, Pes. 1.

MELICHOV V. A. Ocerk vospitanija i obucenija v drevnem Rime (Circa l'educaz. e l'istruz. nell' ant. R.) — Charkov '13, p. viii-115 Kop. 75.

MELTZL V. v. Die technische Bedeutung des *Praestare* (Abhandl. zur röm. RG. XII) — Kolozsvár (Klausenburg) Stein '13, p. 28, M. 1.50.

MÉNARD R. et SAUVAGEOT C. Vie privée des anciens. Les institutions de l'antiquité. (Nouv. éd. par E. ROUYEYRE). Les institutions civiles — Paris Flammarion '13, p. viii-368, fr. 5.

MENGOZZI G. La città ital. nell'alto medio evo. Il periodo longobardo-franco — Roma Loescher '14, p. 317, L. 10.

MESS A. Caesar. Sein Leben, seine Zeit u. seine Politik bis zur Begründung seiner Monarchie — Leipzig Dieterich '13, p. vii-188 M. 3.80.

MESSINA-VITRANO F. Sopra un caso di modo illecito. Contrib. alla storia del modus — Messina D'Angelo '13, p. 6.

Id. L' elemento della liberalità e la natura del legato nel dir. rom. classico e giust. — Palermo Tip. Boccone del Povero '14, p. 78.

MEURS J. H. VAN Rechtsgedingen over bepaalde goederen in oud-hellensee Rechten [Azioni reali speciali negli ant. dir. ellen.] — Amsterdam Kruyt '14, p. 94 (Proefschrift).

MILNE J. G. vedi THEBAN OSTRACA.

MODDERMAN W. Handboek voor het romeinsche recht, vervolgd door (Manuale di d. r. continuato da) H. L. DRUCKER en P. A. TICHELAAAR³. Parte I e III — Groningen Wolters '13, p. 332-xxiii e 351.

MODICA M. Introd. allo studio della papirologia giurid., con pref. di P. BONFANTE — Milano Vallardi '14, p. xi-388, L. 12.

MOMMSEN TH. Gesammelte Schriften. VIII Bd.: Epigraph. u. numismat. Schriften I Bd.* — Berlin Weidmann '13, p. x-626, M. 18.

* **Inhaltsverzeichnis: I. Epigraphische Analecten:** 1. 2. Pompejanische Kleinigkeiten. — 3. [Rinvio]. — 4. Municipalfasten von Ostia. — 5. Lucilius Gamala. — 6. Griechische Inschrift aus Puteoli. — 7. Verres als Gentilname. — 8. Festverzeichnis aus Capua. — 9. Inschrift aus Hispellum. — 10. Arval-Inschriften. — 11. Fasti Ve-

MONOD J. La cité antique de Pompéi. Hist., edifices, mœurs² — Paris Delagrave '11, p. 126 in-4.

MONTMORENCY J. E. G. DE *vedi* pag. 301 n. *

MOYLE J. B. *vedi* INSTITUTES OF JUSTINIAN (THE).

MÜLLER-EISERT F. A. Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung. Eine entwicklungsgeschichtl. Parallele zwischen dem röm. u. dem modernen d. Recht — Mannheim Bensheimer '14, p. 112, M. 3.

MÜNCHENE PAPYRI. Veröffentlichungen aus der Papyrussammlung der K. Hof- u. Staatsbibliothek zu München. Heft 1: Byzantinische

nusini. — 12. Tribus-Inschriften. — 13-15. Der Anonymus Einsiedlensis. — 16. Inschrift des Bogens von Pavia. — 17. Inschrift des Pons Fabricius. — 18. Rottenburger Fälschungen. — 19. Aegidius Tschudi. — 20. Die Provinz Numidien. — 21. Zur Verwaltung Germaniens. — 22. Inschrift von Thorigny. — 23. Ligoriana im Corpus inscriptionum Graecarum. — 24. Inschrift bithynischer Städte in Rom. — 25. Fragment eines Municipalgesetzes. — 26. Praetor tutelarius.

II. *Observationes epigraphicae*: I. Ursus togatus vitrea qui primus pila. — II. De Iuniis Silanis. — III. De fide Leonhardi Gutenstenii. — IV. Grammatica ex actis Arvalium. — V. De Diocletiani collegarumque nominibus erasis. — VI. Quinquemasalis titulus Cirtensis. — VII. De titulis C. Octavii Sabini cos. a. p. Chr. CCXIV. — VIII. Titulus Atticus Frugi et Pisonis. — IX. Alphabeta Etrusca reperta Clusii. — X. Flamonium. Flaminium. — XI. Στρατηγὸς ὕπατος. — XII. Analecta de Pisonibus et Crassis Frugi. — XIII. De titulo reginae Pythodoridis Smyrnaeo. — XIV. Corollaria de Cleopatra Iubae domoque Archelai regis Cappadociae. — XV. S. C. de Thisbaeis a. u. c. DLXXXIV. — XVI. S. C. de Thisbaeis recognitum. — XVII. Reges Thraciae inde a Caesare dictatore. — XVIII. Dedicatio facta ob victoriam de Tacfarinate. — XIX. Album ordinis Thamugadensis. — XX. Tribus imperatoriae. — XXI. Cyriaci Thracica. — XXII. Tituli Ostienses P. Lucilii Gamalae. — XXIII. Senatus consultum Adramytenum. — XXIV. Titulus Hierocae-sareensis. — XXV. Formula voti fratrum Arvalium. — XXVI. Nomina et gradus centurionum. — XXVII. Libertini servi. — XXVIII. Crescens auriga. — XXIX. Alpes Poeninae. — XXX. Cognomina Africana. — XXXI. Vexillatio legionis XI Claudiae. — XXXII. Principalium recensensus secundum praepositos. — XXXIII. Titulus Venetus vindicatus. — XXXIV. Officialium et militum Romanorum sepulcra duo Carthaginienisia. — XXXV. Protectores Augusti. — XXXVI. Evocati Augusti. — XXXVII. Iusiorandum in C. Caesarem Augustum. — XXXVIII. Militum provincialium patriae. — XXXIX. Princeps officii agens in rebus. — XL. Ordo salutationis sportularumque sub imp. Iuliano in provincia Numidia. — XLI. Senatus consultum de sumptibus ludorum gladiatoriorum minuendis factum a. p. C. 176-7. — XLII. Constitutiones duae Cretenses. — XLIII. Spicilegium titulorum Latinorum ex Creta et ex Aegypto. — XLIV. Titulus Apamenus. — XLV. Titulus Plinii Hispellae. — XLVI. Titulus Foroclodienis. — XLVII. Aquaeductus Alexandrinus. — XLVIII. Civium Romanorum libertinorum appellatio Graeca. — XLIX. Laterculus cohortis I Lusitanorum a. CLVI.

III. *Commentaria ludorum saecularium quintorum et septimorum.*

Papyri hrsg. von A. HEISENBERG u. L. WENGER — Leipzig Teubner '13, p. x-204 in-4°, M. 28.

MUNTZ W. S. Rome, St. Paul. u. the Early Church. The Influence of Roman Law on St. Paul's Teaching and Phraseology and on the Development of the Church. — London Murray '13, p. xvi-227, s. 5.

NACHMANSOHN E. *vedi* HISTOR. ATT. INSCRIFTEN e HISTOR. GRIECH. INSCRIFTEN.

NEUENDORFF A. Die röm. Konsulwahlen von 78-49 v. Chr. (Diss. Breslau) — '13, p. 81.

NEUMANN K. J. Röm. Staatsaltertümer: in EINLEITUNG IN DIE ALTERTUMSWISS. hrsg. von A. GERCKE u. E. NORDEN² III Bd. p. 433-481 — Leipzig Teubner '14.

NIESE K. Die historische u. dogmatische Entwicklung der Kollation (Diss. Leipzig) — Naumburg a. d. S. Lippert '12, p. viii-60.

NOVELLI(US) P. *vedi* GAI INSTITUTIONES e GAI.

NYS E. Le droit des gens et les anciens jurisconsultes espagnols.

OFFERGELT G. Die Staatslehre des Hl. Augustinus nach seinen sämtlichen Werken — Bonn Hanstein '14, p. viii-86, M. 1.50.

OLDHAM J. B. Analysis of MAINE's Ancient Law with Notes — London Blackwell '13, p. 30, s. 1.

OERTEL F. Die Liturgie. Studien zur Ptolem. Verwaltung Aegyptens (Diss. Leipzig) — Ib. Teubner '12, p. 61.

OXYRHYNCHUS PAPYRI (THE) Part X edited with transl. and notes by B. P. GRENFELL and A. S. HUNT — London Egypt Explor. Fund '14, p. xiv-311. in-4°.

PAGANO A. L'individuo nell'etica e nel dir., 2 volumi — Roma Loescher '12 e '13, p. 148 e 207, L. 4 e 3.50.

PALMERIUS J. B. *vedi* BIBLIOTHECA IURIDICA MEDI AEVI.

PANOFKY K. L. 24 D. 16. 3, ein Beitrag zur Lehre von Depositum irregulare (Diss. Erlangen) — '13, p. 69.

PAPYRI GRECO-EGIZII public. dall'Accad. dei Lincei sotto la direz. di D. COMPARETTI e G. VITELLI. Vol. II: PAPYRI FIORENTINI. Papiri letter. ed epistol. per cura di D. COMPARETTI. Fasc. 3 — Milano Hoepli, '11, p. 125-298, 4°, L. 55.

PAPYRI HAUSWALDT. Die demotischen. Verträge der I Hälfte der Ptolemäerzeit etc. Hrsg. u. übers. von W. SPIEGELBERG. Mit ein. rechts-

gesch. Beitrag von J. PARTSCH — Leipzig Hinrichs '13, p. vii-28 u. 87 (26 Lichtdruck-Taf.), M. 60.

PAPYRI IANDANAE. Cum discipulis ed. C. KALBFLEISCH. Fasc. IV: Instrumenta graeca publ. et privata, Pars II, ed. G. SPIESS — Leipzig Teubner '14, p. 125-160 con 3 tav., M. 2. 40.

PAPYRUS GRECS *vedi* CATALOGUE GÉNÉRAL.

PARETI L. *vedi* pag. 339 — Firenze Seeber '14, p. 356 (3 tavole), L. 12.

PARETO V. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

PARTSCH J. *vedi* pag. 354 — Heidelberg Winter '13, p. 106, M. 3.50.

ID. *vedi* PAPYRI HAUSWALDT.

ID. Papyrusforschung (Vortrag) — Leipzig Veit '14, M. 1.

PAULY-WISSOWA-KROLL-WITTE Realencycl. der class. Altertumsw.: XVI Halbband (Schluss) Lief. 118-120 col. 2113-2628 (... *Histria-Hyagnis*); Supplement, 2^{es} Heft col. 520 (*Herodes-Herodotos*); XVII Halbband Lief. 121-4 col. 1-704 (*Hyaia-Iao*...); Lief. 1^a-4^a col. 1-704 (*Ra-Rex*...) — Stuttgart Metzler s. a. ('13 e '14), Lief. zu M. 2.

PEAKS M. B. The General Civil and Military Administr. of Noricum and Raetia — Chicago University Press '14, p. 70, 50 cs.

PEDERZOLLI P. A. L'Editto di Milano e la libertà della Chiesa — Roma Desclée '13, p. 66 in-16, 75 cent.

PERROT E. L'exercice de l'interdit *quod legatorum* par l'héritier civil — in ÉTUDES... GIRARD, Tomo I p. 171-209.

PERROT G. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

PESCATORE G. Die Distinktionensammlung des Ms. Bonon. Colleg. Hisp. Nr. 73 (FESTSCHRIFT DER UNIVERSITÄT GREIFSWALD... 15 Mai '13) — ib. Abel '13, p. 49.

PETIT E. Traité élém. de dr. r.⁷ — Paris Rousseau '13, p. vi-790.

PETOT P. Fructus duplio — in ÉTUDES... GIRARD, Tomo I p. 211-239.

PHILLIPSON C. *vedi* pag. 301 n. *

PICCOLO MONDO ANTICO (Papiri greco-egizi). Sezione milanese dell'Atene e Roma, con pref. di A. DE MARCHI — Milano Tip. Figli della Provvidenza '13, p. 20.

PINOLI R. Der Vermögensbegriff nach dem BGB. unter Berücks. der histor. Entw. (Diss. Breslau) — Laurahütte Pramor '13, p. 52.

PISSARD H. Duoi vel ferri iubere. La ductio jussu praetoris dans

les actions réelles et les actions noxales — in *ÉTUDES...* GIRARD Tomo I p. 241-257.

PISSARGEVSKY L. DE Le féminisme antique et le féminisme moderne (Conférence) — Lausanne *La Libre Pensée* '13, p. 32.

PLATO Ueb. die Gesetze. Deutsch von E. EYTH 9 Lf.⁴ — Berlin-Schöneberg Langenscheidt '13, Lief. zu 35 Pf.

Id. Politeie — Miskok (Mähren) Staats-Gymn. '12, p. 22.

Id. Il Sofista e l'Uomo politico, trad. da G. FRACCAROLI — Torino Bocca '13, L. 8.

POGGI G. Genova preromana, romana e medioevale — Genova Ricci '14, p. xxiv-308 (ill.), L. 10.

PÖHLMANN R. v. *vedi qui* pag. 341 — Heidelberg Winter '14, p. 24, 60 Pf.

POKROVSKIJ I. A. Istorija rimskago prava (Storia del d. r.) — St. Petersburg '13, p. xvii-572, R. 3.50.

POLACCO V. Le obbligazioni nel dir. civ. italiano. Vol. I parte I^a: Generalità, Nozione dell'obbl., Suoi elementi — Roma Athenaeum '14, p. 257, L. 12 il vol. completo.

POLAND F. *vedi* BAUMGARTEN F.

POLLOCK F. The Transformation of Equity — in *ESSAYS IN LEGAL HISTORY*, p. 11.

POMPEIANISCHE WANDINSCHRIFTEN u. verwandtes, ausgewählt von E. DIEHL — Bonn Marcus u. Weber '10, p. 60, M. 1.80.

POPLAWSKI R. La notion du privilège en dr. rom. et en dr. fr. (Thèse Bordeaux) — ib. Cadoret '13, p. 350.

PREISIGKE F. Berichtigungsliste der griech. Papyrusurkunden aus Aegypten. 1 e 2 Heft — Strassburg Trübner '13, p. 196, M. 7 ciascun fasc.

Id. Sammelbuch griech. Urkunden aus Aegypten. 3 Heft — Strassburg Trübner '14, p. 257-384, M. 10.

QUELLEN ZUR GESCH. D. RÖMISCH-KANON. PROCESSES IM MITTELALTER. Hrsg. v. L. WAHRMUND. II Bd. 2 Heft: Die Summa aurea des Wilhelmus de Droekda — Innsbruck Wagner '14, p. xxxvi-432, M. 20.

RAAPE L. Der Verfallklausel bei Pfand u. Sicherungsübereignung — Berlin Vahlen '13, p. 100, M. 3.

Id. Die testament. Willkürbedingung nach heut. u. röm. R. — in *FESTSCHRIFT FÜR E. ZITELMANN* Leipzig Duncker u. Humblot '13, p. 30.

RABEL E. Ein Ruhmesblatt Papinians. Die sog. *actio quasi institoria* — in *FESTSCHRIFT* u. s., p. 26.

RADLAUER F. A. Der Ausschluss der Wahl zwischen Wandelung u. Minderung durch Urteilspruch. Auf rechtshistor. Grundlage darg. (Diss. Breslau) — Mannheim Mannheimer Vereinsdruckerei '12, p. ix-46.

RAMADIER P. La représentation judiciaire des cités d'après l'Édit du Préteur — in *ÉTUDES...* GIRARD Tomo I p. 259-271.

RAESTAD H. La mer territoriale. *Études histor. et jurid.* — Paris Pedone '13, p. 212. *

RATTIGAN W. *vedi* pag. 301 n. *

REALLEXIKON DES KLASS. ALT. *vedi* LÜBKER's etc.

REHME P. Gesch. d. Handelsrechts, II Abschnitt, das Altertum — in *Handbuch des ges. Handelsrechts* hrsg. von V. EHRENBERG I Bd., p. 52-82, Leipzig Reisland '13, M. 18.

REICHEL H. Rechtskraft u. ungerechtfertigte Bereicherung — in *FESTSCHRIFT FÜR A. WACH* vol. III, pag. 104, Leipzig Meiner '13, M. 4.

REID J. S. The Reorganisation of the Roman Empire — in *CAMBRIDGE MEDIAEVAL HISTORY (THE)*, Vol. I p. 24-54 Cambridge University Press '11.

REINACH A. Bulletin annuel d'épigraphie grecque. Fasc. 4 ('12-13) — Paris Leroux '14, fr. 2.50.

REINACH TH. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

RICCA-BARBERIS M. Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento — Torino Unione tip.-ed. '14, p. xxxv-339, L. 7.

RICCARDI T. Il codex accepti et expensi presso i Romani. Note storico-critiche di ragioneria — Roma Befani '13, p. 38 in- 16°, L. 1.

RICCI SEYMOUR DE Deux nouveaux papyrus juridiques — in *ÉTUDES...* GIRARD Tomo I p. 273-282.

RICCOBONO S. Dalla communio del dir. quiritario alla comproprietà moderna — in *ESSAYS IN LEGAL HISTORY*, p. 119.

RIEPL W. Das Nachrichtenwesen des Altertums mit bes. Rücksicht auf die Römer — Leipzig Teubner '13, p. xiv-478, M. 16.

RIEVALD P. De imperatorum Romanorum cum certis dis comparatione et aequatione — (Diss. Halle) — '12, p. 80.

ROBY H. Roman Law — in *CAMBRIDGE MEDIAEVAL HISTORY* vol. II p. 53-108, Cambridge University Press '13.

* Sviluppata e rifondata un precedente lavoro in Norvegese (Kristiania '12).

ROCCO DI TORREPADULA G. Persone giuridiche ed associazioni — Napoli Piero '13, p. xxxvii-338, L. 7.

ROHDE Studien im Besitzrecht. Abschn. XII-XIII B. XXIII Zsätze — Marburg Elwert '13 e '14, p. 35-45 e 88, M. 2 e 2.20.

ROHDE H. De Athenientium imperio quid quinto quartoque a Chr. n. saeculo sit iudicatum (Diss. Gött.) — '13, p. 98.

ROLFES E. *vedi* ARISTOTELES.

ROLIN H. Introd. histor. au dr. r. — Bruxelles Bruylant '13, p. 172, fr. 5.

ROMSTED M. Die wirtschaftl. Organisation des athen. Reiches (Diss. Leipzig) — '14.

ROSENBERG A. Der Staat der alten Italiker. Untersuchungen üb. die ursprüngl. Verfassung der Latiner, Osker u. Etrusker — Berlin Weidmann '13, p. viii-142, M. 4.

ROSENBLUM W. Zur Lehre von der Societas im klass. r. R. (Diss. Bern) — Zürich Leemann '12, p. 114.

ROTONDI G. *Comitalis lex* in ENCICLOP. GIURID. ITAL. fasc. 592 vol. III parte 2^a sez. 3^a, p. 145-154 (fine), 4^o — Milano Società editr. libr. s. a. ('13), L. 2 il fasc.

ID. Di alcune riforme giustinianee relative al pactum de non petendo — Perugia Unione tipogr. coop. '13, p. 74.

ID. Teorie postclassiche sull' actio legis Aquiliae — Perugia Guerra '14, p. 72.

ID. *Generi per speciem derogatur* in DIZIONARIO DEL DIR. PRIVATO Fasc. 70, vol. III p. 238-9, 4^o — Milano Vallardi s. a. ['14], L. 1 il fasc.

ROUSSEL P. Règlements rituels — in MÉLANGES HOLLEAUX Paris Picard '13.

ID. *vedi* INSCRIPTIONES GRAECAE.

RULAND H. Die histor. Entwickl. der Wassergerechtigkeiten etc. (Diss. Heidelberg) — ib. Huber '13, p. 101.

S. A. *Quatuorviri* in IL DIGESTO ITAL. Disp. 767 (22^a del vol. XIX parte 2^a), pag. 1344 in 4^o — Torino Unione tip.-ed. '13, L. 2 la disp.

SACCHI A. *Querela inoffic. testam.*, *Questore* (Roma ant., Dir. bizant.), *Quinta vicesima venalium mancipiorum*, *Rei vindicatio*, *Responsa prudentum* — in IL DIGESTO ITAL. Disp. 770, 769, 791 (23^a del volume XIX parte 2^a, 17^a e 21^a del vol. XX parte 1^a), risp. pagg. 1386-

1400, 1400-01, 1415, 1040-56, 1290-96, in 4°, Torino tip. ed. '13 e '14, L. 2. la disp.

SALVIOLI G. Corso ufficiale di storia del dir. ital. Volumi I e II — Napoli Alvano '13, p. 212 e 207, L. 13.

ID. Storia economica dell'Italia nell'alto medio evo. Le nostre origini. Studi sulle condizioni fisiche econom. e soc. d'Italia nel medio evo prima del Mille — Napoli Detken e Rocholl '13, L. 10.

SASERA R. Instituciones de Derecho rom. Programa — Zaragoza tip. *La Editorial* '13, p. 116, Pes. 1.

SCHANZ M. Gesch. d. röm. Litteratur etc. IV Tl., 1 Hälfte²: Die Litteratur des 4 Jahrh. — München Beck '14, p. xv-572, M. 10 (HANDBUCH DER KLASS. ALTERTUMSWISS. hrsg. von IWAN v. MÜLLER VIII, 4, 1).

SCHLOME J. Ueb. die Aufrechnung gegen den eingeklagten Teil einer Forderung in gesch. Entw. (Diss. Breslau) — '13, p. 60.

SCHNEIDER H. Untersuchungen üb. die Staatsbegräbnisse u. den Aufbau der öffentl. Leichenreden bei den Athenern in der klass. Zeit (Diss. Bern) — Berlin Mayer u. Müller '12, p. 84, M. 1.60.

SCHNEIDER W. Das Jagdrecht. Rechtsgesch. Entwick. etc. (Diss. Heidelberg) — ib. Hörning '13, p. 63.

SCHUBARTH E. Aus dem griechischen Schulwesen² — Leipzig Teubner '14.

SCHULHOF E. Quelques questions de cronologie délienne (listes des archontes) — in MÉLANGES HOLLEAUX Paris Picard '13.

SCHULTZ F. Interpolationenkritische Studien — in FESTSCHRIFT FÜR E. ZITELMANN, Leipzig Duncker u. Humblot '13, p. 24.

SCHWABE F. Der Prätendentenstreit im röm. u. geltenden R. Unter Zugrundelegung der L. 57 D. 6, 1 (Diss. Heidelberg) — '13, p. 24.

SCHWARTZ E. Kaiser Konstantin u. die christl. Kirche (5 Vorträge) Leipzig Teubner '13, p. vii-171, M. 3.

SCHWARZ A. B. Homologie u. Protokoll in den Papyrusurkunden, zugleich ein Beitrag zur Theorie der Abstandsgeschäfte — in FESTSCHRIFT FÜR E. ZITELMANN, Leipzig Duncker u. Humblot '13, p. 58.

SCIALOJA V. Dir. ereditario rom. Concetti fondamentali. Vol. I. Lezioni a cura di E. GIAMMICHELE — Roma Athenaeum '15, p. 479, L. 12.

SCRIPTA ANECDOTA GLOSSATORUM *vedi* BIBLIOTHECA IURID. MEDII AEVI.

SECRETAN H. F. La population et les mœurs (La dépopul. de l'Emp. romain. Lois rom. etc.) — Paris Payot '13, p. 437 in-16, fr. 3.50.

SENN F. La question du transfert de la propriété sous un terme extinctif ou une condition résolutoire et la const. de Dioclétien de l'an 286 (Fragm. Vat. 283, Cod. Just. 8,54 [55], 2) — in *ÉTUDES...* GIRARD Tomo I p. 283-300.

ID. Études sur le droit des oblig. T.^e I^{er}, 1: Étude d'un acte juridique causal. La donation à cause de mort — Paris Tenin '14, p. 191, fr. 6.

SERAFINI F. Istituz. di d. r. comparato col d. civ. patrio, 9 ed. curata da E. GIAMMICHELE. Vol. I parte 1^a e vol. II — Roma Athenaeum '14, p. VIII-240 e 427, L. 14 l'Op. completa.

SERTORIO L. La culpa in concreto nel d. r. e nel d. odierno — Torino Bocca '14, p. 297, L. 8.

SINAISKIJ V. I. Očerki iz istorii zemlevla-denija i prava v drevnem Rime (Studi di storia agraria e giurid. di Roma) — Kiev '13, p. XI-349, R. 3.50.

SINGALEVIC S. Sovet g. Oxsirinja III veka po. R. Chr. (Il Consiglio citt. di Oxyrh. nel III sec. d. C.) — Charkov '13 (*Sbornik Charkovskago* etc. prof. V. B. BUZESKULA).

SOBIN A. Kratkij kurs dogmy rimskago prava (Corso di d. r.) — Charkov '13, p. 226-x, R. 1.50.

SODEN H. v. *vedi* URKUNDEN.

SOHM R. Die litis contestatio in ihrer Entw. vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart — Leipzig Duncker u. Humblot '14, p. XVIII-238, M. 6.50.

SOLARI A. La Lega Tessalica — Pisa Mariotti '12, p. 132, L. 6.

SOMIGLI DI S. DETALE T. Costantino il Grande ed il problema politico-relig. del secolo IV — Firenze Razzolini '13, p. 202 in-16, L. 2.

SOMMER O. Dies cédens v. právu rimském (... nel d. r.) — v. PRAZE '13, p. 137.

SPIEGELBERG W. *vedi* PAPYRI HAUSWALDT.

SPIESS G. *vedi* PAPYRI IANDANAE.

STEIN A. Die kaiserl. Verwaltungsbeamten unter Severus Alexander (222-235 n. Chr.) Progr. Prag — '12, p. 22.

STEINWENTER A. Studien zum röm. Versäumnisverfahren — München Beck '14, p. VII-207, M. 6.

STEPHANIDES B. C. Die Stellung von Platons Politikos zu seiner Politeia u. den Nomoi (Diss. Heidelberg) — '13, p. 95.

STERN E. K. ocenki dejatel'nosti Tiverija Grakcha (Intorno all'opera di T. Gracco) — Charkov '13, p. 27.

STINTZING W. Ueber die Beklagtenschaft im dinglichen Rechtsstreit — in FESTSCHRIFT FÜR A. WACH vol. II, pag. 78, Leipzig Meiner '13, M. 3.

STÖLZEL A. Glossenapparat des Vacarius Pragensis zu den Digestentiteln 43, 24. 25 u. 39, 1 — in FESTSCHRIFT F. H. BRUNNER etc., München Duncker u. Humblot '14.

STUDI NELLE SCIENZE GIURID. DELLA R. UNIVERSITÀ DI PAVIA vol. II p. 237 — Pavia Mattei '13, L. 4 (*cfr. più avanti* pag. 355).

TÄUBLER E. Imperium romanum. Studien zur Entwicklungsgesch. des r. Reichs. I Bd.: Die Staatsverträge u. Vertragsverhältnisse — Leipzig Teubner '13, p. ix-458, M. 14.

TENNENBAUM W. Der Kreditauftrag nach d. R. des BGB. unter bes. Berücks. der geschichtl. Grundlagen etc. (Diss. Tübingen) — Calw Oehlschläger '12, p. 93.

TESTAUD G. *Le Tribonianî genius sive de arte juris* de F. GAULTIER — in ÉTUDES... GIRARD Tomo I p. 301-353.

TEUFFEL W. S. Gesch. der röm. Literatur⁶. Neu bearb. von W. KROLL, F. SKUTSCH, R. LEONHARD etc. Vol. II e III — Leipzig Teubner '10 e '13, p. vi-348 e viii-579, M. 6 e 10. (Vol. I non è ancora uscito in 6 ed.).

THEBAN OSTRAKA edited from the originals... Toronto... Oxford, by A. H. GARDINER, H. THOMPSON, J. G. MILNE, 4 parti — Oxford University Press '13, p. viii-228 in-4° (tavole), s. 15.

THÉLOHAN J. De la stipulatio operarum — in ÉTUDES... GIRARD Tomo I p. 355-377.

THIEDE E. Kann der romanistische Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen nach § 425 BGB. wieder in die d. Rechtsentw. eingeführt werden? (Diss. Rostock) — '13, p. 53.

THOMAS P. Le rôle et le choix de l'exsecutor negotii dans la procéd. extraord., à l'époque de Justinien (Étude sur un papyrus byzantin du Musée du Caire, n. 67.032) — in ÉTUDES... GIRARD Tomo I p. 379-416.

THOMPSON H. *vedi* THEBAN OSTRAKA.

THWING CH. F. and C. F. B. The Family. An historical and social study — Boston Lothrop '13, p. 258.

TICHELAAR P. *vedi* MODDERMAN W.

TILMAN F. Précis des instit. polit. de Rome — Namur Dupagne-Counet s. a. ('11), p. xvi-512 (2 cartes), fr. 7 1/2.

TOD M. N. Internat. Arbitration amongst the Greeks — Oxford Clarendon Press '13, p. 196, s. 8 1/2.

TONIOLO G. *vedi* LETTURE COSTANTINIANE.

TOURTOULON P. DE Le Velléien chez les Glossateurs — ÉTUDES... GIRARD Tomo I p. 417-434.

TRIANDAFIL E. Histoire des voies d'exécution en dr. r. Époque des actions de la loi et de la procéd. formul. — Paris Rousseau '14, p. 246, fr. 6.

TRIFONE R. Il pensiero giurid. e l'opera legislat. di Bartolomeo di Capua in rapporto al d. r. e alla scienza roman. — Catania Mattei (Giannotta) '13, p. 26 (estr. dagli SCRITTI IN MEMORIA DI A. MAJORANA, ora ivi Vol. I, '14, p. 159-182.

Id. Il fedecompresso. Storia dell' istituto in Italia. Parte I: Dal d. r. agli inizi del sec. xvi — Roma Athenaeum '14, p. xvii-161, L. 4.

Τσοποτός Δ. Κ., Γῆ καὶ Γεωργοὶ τῆς Θεσσαλίας κατὰ τὴν Τουρκοκρατίαν ἐπὶ τῇ βάσει ἱστορικῶν πηγῶν — Volo '12, p. iv-273, dr. 4.

UPMEYER. Ipso iure compensari — Berlin Bahr '13, p. 91, M. 2.80.

URKUNDEN ZUR ENTSTEHUNGSGESCH. DES DONATISMUS hrsg. von H. VON SODEN — Bonn Marcus u. Weber '13, p. 56, M. 1.40.

VASSALLI F. *vedi* pag. 334 → Roma '14, p. 56, L. 2.

VÉRECQUE CH. Histoire de la famille des temps sauvages à nos jours — Paris Giard et Brière '14, p. 282 in-16, fr. 3 1/2

VERNAY E. Note sur le changement de style dans les constitutions impériales de Dioclétien à Constantin — in ÉTUDES... GIRARD Tomo II p. 263-274.

VERÖFFENTLICHUNGEN etc. *vedi* MÜNCHENER PAPYRI.

VIANELLO N. *vedi* LISIA.

VIARD P. Un romaniste bourguignon du xvi^e siècle, Jean Bégat (1523-72) — in ÉTUDES... GIRARD Tomo I p. 435-440.

VINOGRADOFF P. Social and Economic Conditions of the Roman Empire in the Fourth Century — in CAMBRIDGE MEDIAEVAL HISTORY (THE) Vol. I p. 543-567, Cambridge University Press '11.

ID. Presidential Address (INTERNAT. CONGRESS OF THE HISTOR. STUDIES held in London '13) — in *ESSAYS IN LEGAL HISTORY*, p. 10.

ID. Common-Sense in Law — London William and Norgate '14, p. 256 in-16, s. 1.

ID. Il d. r. nell' Europa medioevale, trad. da S. RICCOBONO — Palermo Reber '14, p. xvi-142 in 16°, L. 3.50.

VISCONTI A. *Ostaggio* in *ENCICLOP. GIUR. ITAL.* fasc. 603, vol. XII parte 2 pagg. 1262-72, 4° — Milano Società ed. libr. s. a. ['14], L. 2 il fasc.

VISSCHER F. De la vente de choses futures et la théorie du risque contractuel. Étude de dr. r. suivie d'un examen de jurispr. moderne — Paris Rousseau '14, fr. 4 1/2.

VIZIOZ H. La notion de quasi-contrat. Étude histor. et critique — Bordeaux Cadoret '12, p. 376, fr. 10.

VOS B. H. Rechtsgeschiedkundige beschouwingen over het Romeinsche huwelyk (Considerazioni storico-giurid. sul matrim. rom.) — Leiden Mulder '13, p. viii-147 (Diss.).

VOS L. Injuria en de (e la) actio iniuriarum (Diss. Amsterdam) — ib. Kruyt '13, p. xii-159.

WAGNER R. *vedi* BAUMGARTEN F.

WAHRMUND L. *vedi* QUELLEN.

WALKER E. M. The Hellenica Oxyrhynchia, its Authorship and Authority — Oxford Clarendon Press '13, p. 150, s. 5.

WALTZING J. P. L'apologétique de Tertullien — Louvain Peeters '10, p. 167 (fig., grav.) fr. 12 1/2.

ID. *Collegia* in *DICTIONN. D'ARCHÉOL. CHRÉT. ET DE LITURGIE* publié par F. CABROL, fasc. 30 e 31, vol. III col. 2107-40 — Paris Letouzey et Ané '13, in-4°.

WEGELEBEN TH. Die Rangordnung der röm. Centurionen (Diss. Berlin) — ib. Weber '13, p. 60.

WEISS Rechtskraft u. Einrede — in *FESTSCHRIFT FÜR A. WACH* vol. II, pag. 16, Leipzig Meiner '13, M. 1.

WENGER L. Die heut. Aufgaben einer röm. RG. — in *ESSAYS IN LEGAL HISTORY*, p. 32.

ID. *vedi* ALLGEMEINE RECHTSGESCHICHTE, Das R. der Griechen u. Römer, p. 154-302.

ID. *vedi* pag. 353 — München Bayer. Akad. der Wiss. '14, M. 1.

ID. *vedi* MÜNCHENER PAPYRI.

WEYER G. A. Die staatsrechtl. Beziehungen Kapuas zu Rom (348-211 v. Chr.) — '13, p. 56 (Diss. Bonn).

WOOLF C. N. S. Bartolus of Sassoferrato. His Position in the History of Mediaeval Political Thought — Cambridge University Press '14, p. xxiv-414, s. 7 ¹/₂.

XENOPHON. Die pseudoxenophontische 'Αθηναίων πολιτεία. Einl. Uebers. u. Erklärung von E. KALINKA — Leipzig Teubner '13, p. iv-324, M. 10.

ZIEBARTH E. Aus dem griech. Schulwesen² — Leipzig Teubner '14, p. viii-178, M. 6.

ZOCCO-ROSA A. La questione dell'unicità o duplicità della Lex Iulia et Titia [de tutore dando] ecc. — Catania Istituto di storia del d. r. '14, p. 26.

Id. D'una costituzione greca del Codice di Giust. e d'una pretesa restituzione sua — Catania Mattei (Giannotta) '14, estr. dagli SCRITTI IN MEMORIA DI A. MAJORANA.

Id. La tavola bronzea di Narbona² — Catania Istit. di storia del d. r. '14, p. 48.

II. — Periodici.

*Quadro generale delle sigle.**

AAAN. = Atti dell'Accademia di Archeologia, Lettere e Belle Arti di Napoli	Wissenschaften in Wien. Philos.-historische Classe
AAL. = Atti dell'Accademia dei Lincei	AAWK. = Anzeiger der Akademie der Wissenschaften in Krakau. Philol. u. histor.-philos. Klasse
AASN. = Atti dell'Accademia di Scienze morali e polit. di Napoli	Vedi BIASC.
AAT. = Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino. Classe di scienze morali...	AB. = Analecta Bollandiana
AAW. = Anzeiger der Akademie der	ABKPK. = Amtliche Berichte aus den Königl. preusz. Kunstsammlungen
	ABR. = Archiv für bürgerliches Recht

* Questo quadro è dato per soddisfare un giusto desiderio di maggior facilità di ricerca espresso da vari studiosi. Esso comprende tutte le sigle della nuova « Bibliografia » (a. XX e segg.). Le poche sigle inesatte, poscia corrette, sono stampate in corsivo, con rinvio alla sigla giusta, per mantenere la possibilità del riscontro.

- ABSA. = Annual of the British School at Athens
- ACP. = Archiv für die civilistische Praxis
- AEφ. *Vedi* EφA.
- AFDA. = Annales de la Faculté de Droit d'Aix
- AG. = Archivio Giuridico Filippo Serafini
- AHR. = American Historical Review (The)
- AIHDR. = Annuario dell'Istituto di Storia del Dir. Rom.
- AISS. = Annales de l'Institut supérieur de philosophie
- AIV. = Atti dell'Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti
- AJA. = American Journal of Archaeology
- AJIL. = American Journal of International Law
- AJPh. = American Journal of Philology
- AJS. = American Journal of Sociology
- AK. = Archiv für Kulturgeschichte
- AKA. = Archiv für Kriminal-Anthropologie
- ALL. = Archiv für lateinische Lexikographie
- ALR. = American Law Review
- ALRe. = American Law Register
- AM. = Archiv für Militärrecht
- AMG. = Annales du Musée Guimet
- AMP. = Atti e Memorie dell'Accademia di Scienze... di Padova
- AMSPR. = Atti e Memorie della Deputaz. di storia patria per le Province di Romagna
- AMVM. = Atti e Memorie dell'Accademia Virgiliana di Mantova
- AOeR. = Archiv für öffentliches Recht
- AP. = Archiv für Papyrusforschung
- APAW. = Abhandl. d. Preuss. Akademie der Wissenschaften. Philosph.-histor. Klasse
- APDN. = Archiv za pravne i društvene nauke (*Serbo*)
- APT. = Archiv für Post und Telegraph
- AR. = Atene e Roma
- ARW. = Archiv für Religionswissenschaft
- ARWPh. = Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
- AS. = Année Sociologique (L')
- ASGP. = Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo
- ASGW. = Abhandlungen der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften. Philol.-histor. Klasse
- ASI. = Archivio storico italiano
- ASIPS. = Atti della Società Ital. per il progresso delle Scienze
- ASo. = Archives Sociologiques (Bulletin de l'Institut de Sociologie Solvay, Bruxelles)
- ASPN. = Archivio storico per le provincie Napoletane
- ASS. = Archiv für Strafrecht und Strafprozess
- ASSa. = Archivio storico sardo
- ASSO. = Archivio storico per la Sicilia orientale
- ASWSP. = Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
- AT. = Archeografo Triestino
- Ath. = Athenaeum
- Athen. = Athenaeum. Studii periodici di letteratura e storia

Aθ. = 'Αθηνα

AU. = Archiv für Urkundenforschung

AUG. = Annales de l'Université de Grenoble

AUGe. = Atti dell'Univer. di Genova

AUP. = Annali dell'Università di Perugia. Facoltà di giurisprudenza

Aus. = Ausonia

AUT. = Annali delle Università Toscani

BAB. = Bulletin de l'Académie de Belgique. Classe des lettres...

BALB. = Boletín de la Acad. de Buenas Letras de Barcelona

BAE. = Budapest Akadémiai Értesítő (*Ungherese*)

BAF. = Bulletin de la Société nationale des Antiquaires de France

BALAC. = Bulletin d'ancienne littérature et d'archéologie chrétiennes

BC. = Bulletin Critique

BCACR. = Bollettino della Commissione archeologica comunale di Roma

BCGR. = Bollettino del Circolo giuridico di Roma

BCH. = Bulletin de Correspondance hellénique

BECh. = Bibliothèque de l'École des Chartes

BEDR. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruchot)

BEL. = Bulletin de la Société d'études législatives

BFC. = Bollettino di filologia classica

BGS. = Blätter für das bayer. Gymnasial-Schulwesen

BGTI. = Beiträge zur Geschichte der Technik u. Industrie.

BIAG. *Vedi* MDAL. RA. = Bollettino dell'Istituto Archeologico Germanico. Sezione romana.

BIASC. = Bulletin international de l'Académie des Sciences de Cracovie. Classe de philol. Classe d'histoire et de philos. (Anzeiger der Akad. der Wissenschaften in Krakau. Philol. u. histor.-philos. Klasse).

BIDR. = Bollettino dell'Istituto di diritto romano.

BIFA. = Bulletin de l'Institut français d'archéologie orientale

Bil. = Bilychnis

BISI. = Bollettino dell'Istituto Storico Italiano

BJB. = Bonner Jahrbücher

BLC. = Bulletin mensuel de la Société de législation comparée

BMB. = Bulletin bibliographique et pédagogique du Musée Belge

BPhW. = Berliner philologische Wochenschrift

BS. = Budapesti Szemle (*Ungherese*)

BSAA. = Bulletin de la Société archéologique d'Alexandrie

BSDI. = Bollettino della Società dantesca italiana

BSGW. = Berichte ü. die Verhandlungen der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philol.-histor. Klasse

BSP. = Bollettino storico pistoiese

BSSP. = Bollettino Senese di Storia patria

BURS. = Bibliothèque Universelle et Revue Suisse

BUT. = Bulletin of the University of Texas

- BVRV. = Blätter für vergleichende
Rechtswissenschaft u. Volkswirt-
schaftslehre
- βυζ. = Βυζαντις
- βχ. = βυζαντινά χρονικά (Visantiskii
Vremennik) (*Greco e Russo*)
- BZ. = Byzantinische Zeitschrift
- CAL. = Comptes-Rendus de l'Académie
des Inscriptions et Belles-let-
tres
- CC. = Civiltà Cattolica (La)
- CE. = Contenzioso Ecclesiastico (II)
- CG. = Circolo Giuridico (II)
- CJ. = Classical Journal (The)
- CLR. = Columbia Law Review
- CNL. = Classici e Neolatini
- Corr. = Correspondant (Le)
- CP. = Conferenze e Proslusioni
- CPE. = Czasopismo prawnicze i eco-
nomiczne (*Polacco*)
- CPh. = Classical Philology
- CQ. = Classical Quarterly (The)
- CR. = Classical Review (The)
- CS. = Corriere della Sera
- CSA. = Contributi alla Scienza del-
l'antichità
- CSF. = Chronique sociale de France
- CUBW. = Catholic University Bulle-
tin Washington (The)
- Cult. = Cultura (La)
- CW. = Classical Weekly
- DC. = Diritto Commerciale (II)
- DG. = Diritto e Giurisprudenza
- Did. = Didaskaleion
- DJ. = Deutsche Juristenzeitung
- DL. = Deutsche Literaturzeitung
- DRu. = Deutsche Rundschau
- DZK. = Deutsche Zeitschrift für
Kirchenrecht
- ΕΕΕΠΕ. = Ἐπιστημονικὴ Ἐπετηρὶς
τοῦ Ἑθνικοῦ Πανεπιστημίου τῆς
Ἑλλάδος
- EHR. = English Historical Review
- EKNE. = Ἐπιθεώρησις κοινωνικῶν καὶ
νομικῶν ἐπιστημῶν
- Eo. = Eos (*Polacco*)
- Εφα. = Ἐφημερίς Ἀρχαιολογική *)
- EPhK. = Egyetemes Philologiai Köz-
löny (*Ungherese*)
- EphK. vedi EPhK
- Er. = Eranos (*Svedese*)
- ER. = Edinburgh Review (The)
- Exp. = Expositor (The)
- FA. = Finanzarchiv
- FI. = Foro Italiano (II)
- Fig. = Figaro (Le)
- Fil. = Filangieri (II)
- FP. = Foro delle Puglie (II)
- FZ. = Frankfurter Zeitung
- G. = Geisteswissenschaften (Die)
- Gai. = Gaius
- GB. = Green Bag (The)
- GD. = Giornale Dantesco (II).
- GGA. = Göttingische gelehrte An-
zeigen
- GI. = Giurisprudenza Italiana
- GIt. = Giornale d'Italia (II)
- Gl. = Glotta
- GLJ. = Georgetown Law Journal
- GM. = Golos Minuvsago (*Russo*)
- GMG. = Giornale del Ministero di
Giustizia (*Russo*) Vedi ZMJ
- GR. = Gesetz und Recht
- H. = Hermes
- He. = Hermes (*Russo*)
- Hell. = Hellénisme

*) Coll'a. '10 il titolo di questo perio-
dico venne invertito.

- Her. = Hermathena
 HG. = Humanist. Gymnasium (Das)
 HJ. = Historisches Jahrbuch
 HKZ. = Hôgaku Keôkwaï Zasshi
 (Giapponese)
 HLR. = Harward Law Review
 HSCPh. = Harward Studies in Classical Philology
 HV. = Historische Vierteljahrsschrift
 HZ. = Historische Zeitschrift
IF. = Indogermanische Forschungen
 IG. = Indice di Giurisprudenza
 ILR. = Illinois Law Review
JAW. = Jahreshefte des österreichischen archäologischen Institutes in Wien
 JB. = Juridičskaia Bibliografja
 (Russo)
 JCL. = Journal of the Society of Comparative Legislation
 JE. = Journal des Economistes
 JFA. = Jahresbericht über die Fortschritte der klassischen Altertumswissenschaft
 JG. = Jahresberichte der Geschichtswissenschaft
 JGVV. = Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich
 JHS. = Journal of Hellenic Studies
 (The)
 JIAN. = Journal international d'archéologie numismatique
 JJ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
 JL. = Juristisches Literaturblatt
 JNS. = Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
 Jog. = Jogállam (A) *(Ungherese)*
 JPh. = Journal of Philology
 JPhVB. = Jahresberichte des philologischen Vereins zu Berlin (trovasi in ZG.)
 JR. = Juridical Review
 JRP. = Jahresbericht d. ersten deutschen Staatsrealschule in Prag
 JRS. = Journal of Roman Studies
 (The)
 JS. = Journal des Savants
 JV. = Juristische Vierteljahrsschrift
 JVč. = Juridičeskij Věstnik *(Russo)*
 JZ. = Juridičeskija Zapiski *(Russo)*
Kath. = Katholiek (De) *(Olandese)*
 KHSW. = Korrespondenz-Blatt für die Höheren Schulen Württembergs
 KJRPh. = Kritischer Jahresbericht über die Fortschritte der Römischen Philologie (Vollmöller)
 Kl. = Klio. Beiträge zur alten Geschichte
 KUZ. = Kiauto Uôgakukwaï Zasshi
 (Giapponese)
 KVGR. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Le. = Legge (La)
 Lett. = Lettura (La)
 LF. = Listy Filologické *(Boemo)*
 LJ. = Law Journal
 LMR. = Law Magazine and Review
 (The)
 LN. = Law Notes
 LQR. = Law Quarterly Review *(The)*
 LRKD. = Litterarische Rundschau für das katholische Deutschland
 LT. = Law Times
 LUA. = Lunds Universitets Arsskrift
 (Svedese)
 LZ. = Literarisches Zentralblatt

- MAAN.** = Memorie dell'Accademia di Archeologia Lettere e Belle Arti di Napoli
- MAB.** = Memorie dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di scienze morali. Sezione giuridica
- MABe.** = Mémoires publiés par la Classe des lettres etc. de l'Académie de Belgique
- MAF.** = Mémoires de la Société nationale des Antiquaires de France
- MAGW.** = Mitteilungen der Anthropologischen Gesellschaft in Wien
- MAH.** = Mélanges d'archéologie et d'histoire
- MAI.** = Mémoires de l'Institut National de France. Académie des Inscriptions et Belle-Lettres
- MAM.** = Memorie dell'Accademia di scienze, lettere ed arti in Modena
- Marz.** = Marzocco (Il)
- MATou.** = Mémoires de l'Académie des Sciences, Inscriptions et Belles-Lettres de Toulouse
- MB.** = Musée Belge (Le)
- MBJKPK.** = Monatlich erscheinendes Beiblatt zum Jahrbuch der Kgl. preussischen Kunstsammlungen
- MDAI. AA.** = Mitteilungen des deutschen archaeologischen Instituts. Athenische Abteilung
- MDAI. RA.** = Id. Römische Abteilung (Bollettino dell'Istituto Archeologico Germanico. Sezione romana)
- MF.** = Mercure de France
- MHL.** = Mitteilungen aus der historischen Literatur
- Min.** = Minerva
- MIOeG.** = Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung
- MLR.** = Michigan Law Review
- Mne.** = Mnemosyne
- Mon.** = Monist (The)
- MSF.** = Memorie storiche forogiuliesi
- MT.** = Monitore dei Tribunali
- MTid.** = Militaert Tidsskrift (*Danese*)
- Mus.** = Museum (*Olandese*)
- NA.** = Nuova Antologia
- NAADG.** = Neues Archiv der Gesellschaft f. ältere deutsche Geschichtskunde
- NaAr.** = Natura ed Arte
- NBAC.** = Nuovo Bullettino di Archeologia cristiana
- NC.** = Nuova cultura (La). *Subentra* a "La Cultura (Cult.)"
- NCA.** = Nineteenth Century and After
- NCh.** = Numismatic Chronicle and Journal of the Num. Society (The)
- NEAP.** = Neapolis, Rivista di archeologia, epigrafia e numismatica
- NGWG.** = Nachrichten von der Gesellschaft der Wissenschaften zu Göttingen. Philol.-histor. Klasse
- NJKA.** = Neue Jahrbücher für das klassische Altertum
- NPhR.** = Neue philologische Rundschau
- NRF.** = Nuova Rivista di Fanteria
- NRH.** = Nouvelle Revue historique de droit français et étranger
- NΣ.** = Νέα Στών
- NTF.** = Nordisk Tidsskrift for Filologi (*Danese*)
- NZ.** = Numismatische Zeitschrift

- OCR.** = Oxford and Cambridge Review
- OL.** = Orientalistische Literaturzeitung
- OeL.** = Oesterreichisches Literaturblatt
- OeZ.** = Oesterreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis
- OeZS.** = Oesterreichische Zeitschrift für Strafrecht
- PA.** = Pädagogisches Archiv
- PAM.** = Pubblicazioni dell'Accademia scientifico-letter. di Milano. Studi di Filologia, Filosofia e Storia
- PDC.** = Progresso del diritto criminale (Il)
- Phil.** = Philologus
- PJ.** = Preussische Jahrbücher
- Pol.** = Polybiblion
- PPA.** = Przegląd prawa i administracyi (*Polacco*)
- Pr.** = Prawo (*Russo*)
- Praw.** = Prawnik (*Polacco*)
- PSM.** = Popular Science Monthly
- PSQ.** = Political Science Quarterly
- R.** = Revue (La; Ancienne Revue des Revues)
- RA.** = Revue Archéologique
- RAAN.** = Rendiconti dell'Accademia di Archeologia di Napoli
- RAfr.** = Revue Africaine
- RAFDR.** = Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife
- RAK.** = Rozprawy Akademii Umiejetnosci w Krakowie. Wydział Histor.-filozof. (*Polacco*)
- RAL.** = Rendiconti dell'Accademia dei Lincei. Classe di scienze morali...
- RALT.** = Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse
- RASB.** = Rendiconto delle sessioni dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di scienze morali
- RASLA.** = Rivista Abruzzese di scienze, lettere ed arti
- RASN.** = Rendiconti dell'Accad. di scienze morali e polit. di Napoli
- RBé.** = Revue Bénédictine
- RCC.** = Revue des cours et conférences
- RCDG.** = Rivista Critica di diritto e giurisprudenza
- RCED.** = Revista del Centro Estudiantes de Derecho
- RCHL.** = Revue critique d'histoire et de littérature
- RCLJ.** = Revue critique de législation et de jurisprudence
- RCo.** = Rassegna Contemporanea
- RDC.** = Rivista di diritto commerciale
- RDCi.** = Rivista di diritto civile
- REDI.** = Revue de droit international et de législation comparée
- RDInt.** = Rivista di diritto internazionale
- RDIP.** = Rivista di diritto pubblico
- RDIP.** = Revue de droit international privé
- RDJA.** = Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administracion
- RDM.** = Revue des Deux Mondes
- RDP.** = Rivista di diritto penale e sociologia criminale
- REA.** = Revue des études anciennes (Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux. IV^e Série)

- REG. = Revue des études grecques
 REH. = Revue des Études historiques
 REp. = Revue Épigraphique
 REP. = Revue d'Économie politique
 RES. = Revue d'ethnographie et de sociologie
 RF. = Rivista Filosofica
 RFIC. = Rivista di filologia e d'istruzione classica
 RG. = Rechtsgang (Der)
 RGD. = Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence
 RGDIP. = Revue générale du droit international public
 RGK. = Römisch-germanisches Korrespondenzblatt
 RGLJ. = Revista General de Legislación y Jurisprudencia
 RH. = Revue Historique
 RHDES. = Revue d'histoire des doctrines économiques et sociales
 RHE. = Revue d'histoire ecclésiastique
 RHL. = Revue d'histoire de Lyon
 RHLR. = Revue d'histoire et de littérature religieuses
 RHon. = Revue de Hongrie
 RHR. = Revue de l'Histoire des religions
 RHV. = Revue historique vaudoise
 RI. = Rivista d'Italia
 RIB. = Revue de l'instruction publique en Belgique
 RIDC. = Revue de l'Institut de droit comparé
 RIE. = Revue internationale de l'enseignement
 RIFGFS. = Rivista Integrale di Filologia Giurisprud. e Filosofia scientifica
 RIL. = Rendiconti dell'Istituto Lombardo di scienze e lettere
 RIS. = Rivista italiana di sociologia
 RIS. A pag. 325 a. XXII = RISO.
 RISG. = Rivista italiana per le scienze giuridiche
 RISO. = Revue internationale de sociologie
 RISS. = Rivista internazionale di scienze sociali
 RJC. = Revista jurídica de Cataluña
 RJLA. = Revue jurid. de locomotion aérienne
 RL. = Rivista Ligure di scienze, lettere ed arti
 RLT. = Recueil de Législation de Toulouse
 RM. = Rechtsgeleerd Magazijn (*Olandese*)
 Rmi. = Rivista militare italiana
 RMM. = Revue de Métaphisique et de Morale
 RMo. = Revue du Mois
 RMPH. = Rheinisches Museum für Philologie
 RMy. = Russkaja Mysl (*Russo*)
 RNa. = Rassegna Nazionale
 RO. = Roma e l'Oriente
 RP. = Rivista Penale
 RPa. = Revue de Paris
 RPe. = Rivista Pedagogica
 RPh. = Revue de Philologie
 RPhAEA. = Recueil de travaux relatifs à la philol. et à l'archéol. égyptiennes et assyriennes
 RPhil. = Revue de Philosophie
 RPL. = Revue politique et littéraire (Revue bleue)

- RPo. = Rivista Popolare
 RPP. = Revue politique et parlementaire
 RQ. = Römische Quartalschrift
 RQH. = Revue des questions historiques
 RS. = Riforma Sociale (La)
 RSA. = Rivista di storia antica
 RSH. = Revue de synthèse historique
 RSI. = Rivista storica italiana
 RSP. = Revue des sciences politiques
 RST. = Rivista storico-critica delle scienze teologiche
 RUB. = Revue de l'Université de Bruxelles
 RUC. = Rassegna universitaria Catanese
 RUT. = Revista de la Universidad Tegucigalpa
 RW. = Recht u. Wirtschaft
 RZZP. = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht
SALJ. = South African Law Journal
 SAM. = Sitzungsberichte der philol. u. der histor. Klasse der Akademie der Wissenschaften zu München
 SAW. = Sitzungsberichte d. philol.-histor. Klasse d. Akademie d. Wissenschaften von Wien
 Sc. = Scientia, Rivista di Scienza
 SC. = Scuola Cattolica (La)
 SCPhUCh. = Studies in Classical Philology. University of Chicago
 SCU. = Studies in History etc. ed. by the Facultes of polit. Science of Columbia University
 SECC. — vedi SEGC.
 SEGC. = Studi econom.-giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurispr. dell'Università di Cagliari
 SHA. = Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse
 Sil. = Sillon (Le)
 SJ. = Schweizerische Juristenzeitung
 SM. = Sovremennij Mir (*Russo*)
 SociolR. = Sociological Review
 SoR. = Socialistic Review
 SPA. = Sitzungsberichte der preussischen Akademie der Wissenschaften
 Spect. = Spectator (The)
 SPP. = Studien zur Palaeographie u. Papyruskunde
 SPS. = Sbornik věd právních a státních (*Boemo*)
 SRO. = Studi romani, Rivista di archeologia e storia
 SSAC. = Studi storici per l'antichità classica
 SSe. = Studi Senesi
 STAP. = Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques de Paris
 SUP. = Studi nelle scienze giur. e soc. pubblicati dall'Istit. di esercitaz. presso la Facoltà di Giurispr. dell'Università di Pavia
 SUVSch. = Skrifter udgivne af Videnskabs-Selskabet i Christiania (*Norvegese*)
Te. = Temi
 Tem. = Temps (Le)
 Th. = Themis (*Olandese*)
 ThA. = Theologische Arbeiten aus dem rheinischen wissenschaftlichen Prediger-Verein

- ThLB. = Theologisches Literaturblatt
- ThLZ. = Theologische Literaturzeitung
- ThP. = Themis Polska (*Polacco*)
- ThQ. = Theologische Quartalschrift
- ThR. = Theologische Revue
- TJFF. = Tidskrift utgifven af juridiska Föreningen i Finland (*Finlandese*)
- TPAPhA. = Transactions and Proceedings of the American Philological Association
- TR. = Tidsskrift for Retsvidenskab (*Norvegese*)
- TUR. = Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes
- TV. = Tzerkovnia Vjedomosti (*Russo*)
- UC. = Université Catholique (L')
- UI. = Università Italiana (L')
- UPaLR. = University of Pa. (Pennsylvania) Law Review
- VAA. = Verhandelingen der Akademie van Wetenschappen te Amsterdam. Afdeeling Letterkunde (*Oländese*)
- VG. = Vergangenheit u. Gegenwart
- VLR. = Virginia Law Register
- VoP. = Voprosy prava (*Russo*)
- VSW. = Vierteljahrschrift für Social- und Wirtschaftsgeschichte
- WKPh. = Wochenschrift für klassische Philologie
- WÖS. = Wörter und Sachen
- WS. = Wiener Studien
- YLJ. = Yale Law Journal
- ZA. = Zeitschrift für Assyriologie u. verwandte Gebiete
- ZAeS. = Zeitschrift für aegyptische Sprache
- ZB. = Zeitschrift für Bergrecht
- ZDZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozess
- ZG. = Zeitschrift für das Gymnasialwesen
- ZGH. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
- ZGStrW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
- ZILN. = Zapiski Imp. Liceja Nicolaja (*Russo*)
- ZIPoER. = Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht
- ZK. = Zeitschrift für Kirchengeschichte
- ZKTh. = Zeitschrift für katholische Theologie
- ZMJ. = Zurnal Ministerstva Justizii (*cf. GMG.*) (*Russo*)
- ZMNP. = Zurnal Ministerstva Narodnago Prosvesceniia (*Russo*)
- ZNu. = Zeitschrift für Numismatik
- ZOeG. = Zeitschrift für die österreichischen Gymnasien
- ZP. = Zeitschrift für Politik
- ZPOeRG. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhut)
- ZR. = Zentralblatt für Rechtswissenschaft
- ZRB. = Zeitschrift für Rechtspflege zu Bayern
- ZS. = Zeitschrift für Socialwissenschaft
- ZSR. = Zeitschrift für Schweizerisches Recht
- ZSS.CA. = Zeitschrift der Savigny-

Stiftung für Rechtsgeschichte. Canonistische Abteilung	ZVB. = Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht
ZSS.GA. = Id. Germanistische Abteilung	ZVR. = Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZSS.RA. = Id. Romanistische Abteilung	ZWTh. = Zeitschrift für wissenschaftliche Theologie

AAAN. Nuova serie II. '13: PAIS E. I gentilicii di Mamurra e di Verre; ID. La pretesa origine spartana dei Sanniti, dei Sabini e dei Romani; CÖCCHIA E. Sulle condizioni disagiate dell'ant. agricoltura ital. (cfr. pag. 333); PAIS E. L'aspiraz. di Cesare al Regno; ID. A proposito di Fundi. Per la storia delle città e della popolaz. d'Italia nell'età rom. (cfr. *qui* pag. 355); ID. Venere Pompeiana trionfante su di un cocchio tirato da elefanti e le gesta di Gneo Pompeo Magno; ID. Gli ἀρχηγέται e la cittadinanza rom. di Regio Calcidica; RIBEZZO F. Il tipo causativo lat. *sōpiō* (Verr. Fl. propellere litem).

AAT. XLVIII. '12-13. 15: GIANNELLI G. Gli aeditui e i Camilli. — XLIX. '13-14. 8: FRACCARO P. La proced. del voto nei comizi tributari rom. — 9: DE SANCTIS G. Note di epigr. ellen. — 10: ALBERTARIO E. Nuove osserv. sulla trasmissibilità del iudicium operarum all'erede estraneo — 13: VOGLIANO A. Una iseriz. greca arcaica.

AB. XXXII. '13. 2-3: *Strachan-Davidson J. L.* Rom. Criminal Law (H. DELEHAYE).

ABKPK. vedi **MBJKPK.**

ACP. CXI. '13-14. 3: KOHLER J. Papinian üb. Liebe u. Ehe.

AEφ. '12. 3-4: WILHELM A. Παρατηρήσεις (εἰς AEφ. '11); Ἀρβανιτοπούλλος Α. Σ., Εἰς Θεσσαλίας ἐπιγραφάς. — '13. 1-2: ID. Θεσσαλικά ἐπιγραφαί; ID. Εἰς Θεσσαλίας ἐπιγραφάς. — 3-4: ID. ID.; Παραβασίλειος Γ. Α., Ἑρατρικός Νόμος.

AHR. XVIII. '12-13. 4: *San Nicolò M.* Vereinswesen (W. S. FERGUSON). — XIX. '13-14. 2: *Reid J. S.* Municipalities (G. W. BOTSFORD); *Bloch G.* La Republ. rom. (F. F. ABBOT) — 3: *Allard P.* Esclaves⁵, *Id.* Origines du servage (A. M. WERGELAND). — 4: *Ferguson W. S.* Greek Imperialism (W. L. WESTERMANN); *Manaresi A.* L'Imp. rom. e il Cristian. (P. J. HEALY).

AISPh. III. '14: DEFURNY M. Aristote. Théorie économique et politique sociale.

AIV. LXXII (Serie ottava XV). '12-13. 10: LANDUCCI L. L'ingiusta assoluz. del debit., a proposito di una nuova revisione del dir. priv. rom. — LXXIII (XVI) '13-14. 3: BRUGI B. Per l'onore di Allia Potesta perugina. Nota al suo epitaffio. — 4: RASI P. Gli studi recenti sull'epitaffio di Allia Potestas.

AJA. XVI. '12. 1: BUCKLER W. H. and ROBINSON D. M. Greek Inscriptions from Sardes I.

AJPh. XXXII. '11. 4: *Barbagallo C.* Stato e istruz. (R. VAN DEMAN MAGOFFIN). — XXXIII. '12. 2: WILSON H. L. Latin Inscriptions at the John Hopkins University.

AKA. LVII. '13: S. NICOLÒ Zur Prügelstrafe im Altertum; ID. Einiges aus dem Pap. Hal. 1 (Schluss; cfr. vol. LIII e LV).

ALR. XLVIII. '14. 1 e 2: The Docket (*Great Jurists of the World, Papinianus, Ulpianus, Bartolus*; cfr. qui pag. 301) — 4: WHITE E. Y. Legal Traditions.

AMP. N. S. XXVIII a. CCCLXXI. '11-12: BRUGI B. La così detta proprietà dello spazio aereo sul fondo.

AP. V. 4. '13: PARTSCH J. Jurist. Literaturübersicht '07-'11; EGER O. Papyri der Giessener Universitätsbibl. — VI. 1-2. '13: HOLLEAUX M. Décret des auxiliaires crétois de Ptolémée Philométor trouvé à Délos; DRUFFEL E. v. Zum Dioiketen-Problem; PARTSCH J. Die alexandr. Dikaionmata; PLAUMANN G. Probleme des alexandr. Alexanderkultes; BELL H. J. Notes from Papyri of the British Museum*; MANICK A. Pfandrechtliches, *con* Erwiderung di J. PARTSCH; MILNE J. G. Ostraka from Danderah; MARTIN V. Stratèges et basilicogrammates du nome Arsinoïte à l'ép. rom.; PLAUMANN G. Die ἐν Ἀρσινόῃτῃ ἄνδρες Ἕλληνες 6475; WILCKEN U. Zu den κάτοχοι des Serapeums — *Miszellen*: KENYON F. G. The Revolt of C. Avidius Cassius; STEIN A. Nochmals zu Comparettis Militärurkunden; MARTIN V. Supplément à la liste des épi-stratèges; PLAUMANN G. Einige Ostraka der Berliner Papyrussammlung — *Referate*: KORTE A. Literar. Texte mit Ausschluss der christlichen; WILCKEN U. Papyrusurkunden.

* 1) The βιβλιοθήκη ἐγρήσεων. 2) The ἀγορανομεῖον τὸ καὶ μνημονεῖον. 3) Ὁρτά-δραχμαί at Hermopolis. 4) An Exemple of Chancery Hand. 5) The Dux Athanasius. 6) The pagarch Menas. 7) An Addendum to P. Lond. IV.

AR. XVI. '13 N. 169-170 (agg.): PARETI L. Di un luogo straboniano su Regio — N. 179-180: *Abele Th.* Der Senat, *Francotte H.* La polis (B. STAKEMEIER). — Vedi MANUALE DEL CANDIDATO e PICCOLO MONDO ANTICO a pagg. 307 e 311.

ARWPh. VI. '12-13. 3: BINDER J. Wille u. Willenserkl. im Tatbestande des Rechtsgeschäfts (*vedi* V. 2 e VI. 1 e 2, fine); KOHLER J. Heraklit u. die Vedantalehre — 4: FRÄNKEL R. Die Staatslehre des Petrus de Bellapertica. — VII. '13-14. 1: LEONHARD R. Der Beruf Amerikas zur Mitarbeit an der Wissenschaft des röm. Rechts; *Potlenske K.* Einführung in die Gesch. des r. Privatrechts I (HACKENBERGER) — 2: *Meltzl V. v.* Praestare (ID.).

AS. XII. '09-12: *Girard P. F.* Mélanges I (G. DAVY); *Saleilles R.* Personnalité jurid. (ID.); *Ferguson W. S.* Hellenistic Athens (ROUSSEL); *Nys E.* Le dr. r. etc. (P. HUVELIN); *Blümner H.* Röm. Privatalter. (G. DAVY); *Demis E.* Schuldenerbfolge (L. GERNET); *Bruck E. F.* Die Schenkung auf den Todesfall (ID.); *Neubecker F. K.* Die Mitgift (E. DURKHEIM); *Aubéry G.* La communauté de biens conjugale (ID.); *Braunstein O.* Die polit. Wirksamkeit der griech. Frau (L. GERNET); *Bloch G.* La plèbe (E. DURKHEIM); *Poland F.* Vereinswesen (E. LASKINE); *Wilamowitz-Moellendorff U. v. u.* Niese B. Staat u. Gesellschaft (G. DAVY); *Rosenberg A.* Zenturienverf. (ID.); *Francotte H.* Droit public grec (L. GERNET); *Eisele F.* Nexum, *Gradenwitz O.* Zwölf Tafeln, *Pacchioni G.* Nexum (P. HUVELIN); *Calogirou G.* Arrha (ID.); *Pacchioni G.* Obligatio, *Cornil G.* Debitum et obligatio, *Marchi A.* Oblig. I (ID.); *Weiss E.* Pfandrechl. Unters. (G. DAVY); *Hirzel R.* Steinigung (FAUCONNET); *Hitzig H. F.* Schwurgericht (G. DAVY); *Lévy-Bruhl H.* Témoignage instrum. (ID.); *Phillipson C.* Internat. Law (P. HUVELIN); *Stoeckle A.* Zünfte (G. BOURGIN).

ASGP. II. '13: BAVIERA G. Giambatt. Vico e la storia del d. r. (Prolusione; *cfr. qui a.* XXV pag. 274); LONCAO E. Il d. delle acque dalle invasioni germaniche alla Dieta di Roncaglia. — III '14: MESSINA-VITRANO F. Sulla dottr. rom. della revoca tacita dei legati e dei fedecommissi.

ASI. a. LXXI. '13¹. 1: *Arrighi G.* Storia del femminismo (G. CALÒ) — 2: *Fumagalli G.* Il d. di fraterna (F. ERCOLE); *Dom. Blasii de Morcono* Ius Longob. et ius Rom. (ID.); *Chiappelli L.* Ancora Dante e il d. r. (C. P. in «Notizie, Storia artist. e letter.»). — '13². 1:

Costa E. L'elogio di Allia Potestas (A. D. V. in «Notizie, Storia giuridica» — 2: *SOLMI A.* La formula della mancipatio nei docum. piacentini del secolo VIII; *Hartmann L. M.* Ein Kapitel vom spätant. u. frühmittelalt. Staate (A. D. V. in «Notizie, Storia gener.»). — a. LXXII. '14. 1: *Francotte H.* Finances (U. FORTINI); *VOLPE G.* III Congr. delle scienze stor. a Londra (*Caillemer, Esmein, Riccobono*); *Deman Megoffin R. van* Quinquennales (U. F. in «Notizie, Storia gener.»); *Ciccaglione F.* Istit. polit. ital. nell'alto Medio Evo (R. C. ivi); *Id.* Ancora delle orig. della comunione dei beni (F. C. in «Notizie, Storia giurid.»); *Pescatore G.* Die Distinktionensammlung etc. (F. E. ivi); *Ercole F.* Tirannia (F. C. ivi).

ASIPS. Quarta Riunione '10: *COCCHIA E.* Sulle condizioni disaggiate dell'ant. agricoltura italiana (*cfr.* pag. 330). — Quinta Riunione '11: *PEROZZI S.* Precetti e concetti nella evoluz. giurid.; *PAIS E.* La storia ant. negli ultimi cinquant'anni con speciale rig. all'Italia; *BELOCH G.* Gli studi recenti di storia rom. in Italia; *Zocco-Rosa A.* Sugli odierni progressi della storia del d. r. — Settima Riunione '13: *CARUSI E.* Sui rapporti fra dir. rom. e dir. musulmano.

ASo. IV. '13 Bull. 28: *Whibley L.* Greek Oligarchies, *Tod M. N.* Internat. Arbitration, *Reid J. S.* Municipalities, *Schaub G.* Sklaverei — Bull. 29: *DE DECKER J.* Les origines de l'instit. rom. de la clientèle et ses adaptations successives aux circonstances du milieu (*Bloch G.* Républ. rom.); *Allard P.* Les esclaves chrétiens⁵; *Rolin H.* Introd. histor. au dr. r. — V. '14 Bull. 30: *SMETS G.* Sur une explic. nouv. de la décadence de l'Emp. romain (*Strack L. M.* Die Freigelassenen); *Francotte H.* Études sur Démosthène; *Bloch G.* u. s., *Strack L. M.* u. s.; *Boucaud C.* Droit chrétien — Bull. 31: *Laum B.* Stiftungen; *Ferguson W. S.* Greek Imperialism; *Pulciano C. E.* Il d. priv. rom. nelle ep. di Plinio il Giovane — Bull. 32: *Delbrück H.* Regierung u. Volkswille.

ASPN. XXXVII. '12. 3: *Blasii de Morcono* Ius Longob. et ius Rom. (R. TRIFONE). — XXXVIII. '13. 1: *Trifone R.* Il pensiero legisl. e l'opera legisl. di Bartolomeo di Capua (S.).

ASWSP. XXXVII. '13². 2: *SALZ A.* Zur Gesch. der Berufsidee — 3: *Pöhlmann R. v.* Soziale Frage² (R. DE WAHA).

AT. XXXV (Serie terza VII). '12-13. 1: *DEGRASSI A.* Di una tavoletta di legno di Fajum.

Athen. II. '14. 2: DE MARCHI A. Noterelle epigr. — 4: PASCAL C. Due etimologie (*scorta*, *schiaivo*).

AUP. '13. 3-4: DONATI B. Sul principio di equità; BIONDI B. La legittimazione process. nelle azioni divisorie romane. — '14. 1: VASSALLI F. L'antitesi *iur-factum* nelle fonti giust.; BIONDI B. Iudicium operarum — 2: ID. Appunti intorno alla donatio mortis causa.

BAB. '12. 6: WALTZING J. P. La thèse de J.-B. de Rossi sur les collèges funéraires chrétiens — 12: *Norden F.* Apuleius (G. CORNIL).

BAF. '11 (agg.): CAGNAT R. Inscript. consul. de Djemilah; CHÉNON E. Les burgarii du limes de l'Emp. romain; BATIFFOL P. Les premiers chrétiens et la guerre d'après le premier canon du concile de Chalcedoine de 451. — '12: ID. Le règlement des conciles de Carthage au temps de Saint-Cyprien et le règlement du Sénat romain; CHÉNON E. L'usage de l'osculum entre fiancés dans l'antiquité et au moyen âge.

BALAC. '13: MARTROYE F. À propos de l'Édit de Milan; LEClercQ H. Les certificats de sacrifices païens sous Dèce; *Alvisatos H. S.* Die kirchl. Gesetzgeb. Justin. (P. DE LABRIOLLE).

BCACR. XL. '12. 4: CANTARELLI L. Scoperte archeologiche in Italia e nelle ant. provincie rom. — XLI. '13. 3-4: *Coli U.* Collegia e socialitates (L. CANTARELLI).

BCGR. II. '13. 2: DONATI B. Ancora sul pitagorico Ippodamo — 3-4: *Pagano A.* L'individuo nell'etica e nel d. (T. GIORGI); *De Marchi A.* Rapporti di parentela fra patroni e liberti (P. P. TROMPEO); *Id.* Sincerità del voto (ID.). — III. '14. 1: *De Marchi A.* Piccolo mondo antico (***) — 3-4: *Gaetano G. P.* Privilegi dei creditori (L. LOLLI-MICHELETTI); *Momperratos A. G.* Esec. testam. [in greco] (G. FERRARI); *Id.* L'azione Paul. [id.] (ID.).

BCH. XXXVII. '13. 1-6: AVEZOU CH. et PICARD CH. Inscriptions de Macédoine et de Thrace; PLASSART A. et PICARD CH. Inscriptions d'Éolide et d'Ionie; VOLLGRAFF W. Inscription d'Argos (Traité entre Knossos et Tylissos); ROUSSEL P. Le sénatus-consulte de Délos de l'an 166 avant notre ère.

BEDR. LVIII. '14. 1-2: *Peters H.* Die oström. Digestenkomm. (F. PRINGSHEIM).

BFC. XX. '13. 4: *Dikaïomata* (C. O. ZURETTI) — 7: *Lesquier J.* Instit. milit. (A. SOLARI) — 9: ZURETTI C. O. Aristotel. Athen. Pol. 39. 6 [Amnistia] — 10: *Bloch G.* Républ. r. (A. SOLARI). — XXI. '14.

1. DALMASSO L. Provincia-provincialis — 2-3: *Calhoun G. M.* Athenian Clubs.

BGTI. V. '13: STUR J. Die prinzipielle Entw. des mitteleuropäischen Baurechtes aus dem röm. R.

BIDR. XXV. '13. 2-6: BETTI E. Sul significato di *contrahere* in Gaio e sulla non classicità della denominaz. *quasi ex contractu obligatio*; SOLAZZI S. Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore. Contrib. alla storia della rappresentanza nel d. r. (fine); ARANGIO-RUIZ V. Studi formulari, I De eo quod certo loco dari oportet; BONFANTE P. Il regime positivo e le costruz. teoriche nel condominio; ROTONDI G. Ancora della genesi sulla teoria della *fraus legi*; *Beseler G.* Beitr. z. Kritik der r. Rechtsquellen II (E. ALBERTARIO); *Rotondi G.* Gli atti in frode alla legge (ID.); *Studi in onore di B. Brugi* (B. BIONDI); *Mayr R. v. Röm. RG.* I, 1 e 2 (A. BERGER); *Taubenschlag R.* Vormundschaftsrechtl. Studien (C. BERTOLINI); *Berger A.* Teilungsklagen (B. BIONDI); BERTOLINI C. Bibliografia dell' ant. d. greco e romano. — XXVI. '14. 1-2: BIONDI B. Di nuovo sulla dottr. r. dell'actio arbitraria. A proposito di una recente ipotesi; VASSALLI E. F. *Falcidia stipulatio*; ALBERTARIO E. Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchim. dell'erede; *Rosenberg A.* Der Staat d. alt. Italiker (P. DE FRANCISCI) — 3: COSTA E. Il momento giurid. nel conflitto fra Cesare ed il Senato; ARANGIO-RUIZ V. Ancora de eo quod certo loco dari oportet; BIONDI B. Ancora in tema di actio arbitraria: CASTELLI G. Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in d. r.

Bil. III. '14. 2: COSTA G. Critica e tradiz. Osservazioni sulla politica e sulla relig. di Costantino.

BMB. XVIII. '14. 1: *Allard P.* Esclaves⁵ — 2-3: *Biedermann E.* Aegypt. Verwaltungsgesch. (N. HOHLWEIN) — 4: *Calhoun G. M.* Athenian Clubs (A. ROERSCH); *Bloch G.* Républ.

BPhW. XXXIII. '13. 30: Fox W. Ein Demosthenischer Vergleich — 33: *Strachan-Davidson J. L.* Rom. Criminal Law (G. BESELER) — 35: *Modica M.* Mutuo (E. RABEL) — 36: *Kübler B.* Lesebuch (G. BESELER); *San Nicolò M.* Vereinswesen I (F. POLAND) — 40: *Cardinali G.* Studi Graecani (C. BARDT) — 43: *Mélanges P. F. Girard* (G. BESELER) — 44: *Norden F.* Apuleius (ID.) — 46: *Wilcken U.* u. *Mitteis L.* Papyruskunde (P. VIERECK); *Stein A.* Kais. Verwaltungs-

beamten (W. LIEBENAM) — 48: *Lesquier J.* Institut. milit. (F. STÄHELIN) — 49: *Taubenschlag R.* Vormund. Studien (G. BESELER); ROSENBERG A. Zenturienreform — 51: *Steiner A.* Fiskus (E. v. DRUFFEL); *Abbott F. F.* Common People (J. TOLKIEHN); *Τσολοτος Δ. Κ.* Ἡ καὶ Γεωργία τῆς Θεσσαλίας (F. STÄHLIN) — 52: *Bögli H.* Ius gentium (G. BESELER). — XXXIV. '14. 5: *Aegypt. Urk. aus den kön. Museen Berlin, Griech. Urk.* IV. 4-12 (O. GRADENWITZ) — 7: *Pappulias D. P.* Ἡ ἐμπράγματος ἀσφαλεία, *Raape L.* Der Verfall des griech. Pfandes (A. MANICK) — 10: *Rosenberg A.* Staat (W. SOLTAU) — 13: *Cug E.* SC. de Délos (P. WAHRMANN) — 14: *Bussmann J. B.* Die böotische Verfassung (H. SWOBODA) — 16: *Hyamson M.* Mosaic. et Rom. Legum Collatio (G. BESELER) — 18: *Dikaionmata* (P. KOSCHAKER). — 20: *Rohde H.* De Atheniensium imperio (H. SWOBODA) — 21: *Greek Papyri in the British Museum* IV, *the Aphrodito Papyri* (P. VIERECK); *Cohen D.* De magistratibus aegyptiis etc. (P. HERRMANN) — 22: *Semeka G.* Ptolem. Prozessrecht I (G. BESELER) — 25: *Täubler E.* Imperium rom. I (W. SOLTAU) — 26: *Byzant. Papyri...* München (B. KÜBLER) — 40: *Beseler G.* Kritik der Rechtsquellen III (Id.). — 41: *Biedermann E.* Aegypt. Verwalt. (F. OERTEL).

BSAA. N° 10, Nouv. Série. II. 2. '08: BRECCIA E. Tribù e demi in Alessandria (a proposito di due nuove iscrizioni); LEFEBVRE G. Inscriptions Grecques d'Ashmounein; BRECCIA E. Causerie papyrologique; Elephantine-Papyri bearb. von O. Rubensohn (E. B.). — N° 12, III. 1. '10: CANTARELLI L. La persecuz. di Taziano contro gli ortodossi di Alessandria; PERDRIZET P. Le fragment de Satyros sur les dèmes Alexandrins; *Schubart W.* Neues aus dem alten Alexandrien, *Id.* Alexandrin. Urkunden aus der Zeit des Augustus (E. BRECCIA); *Maspero J.* Papyrus Grecs d'époque byzantine I. 1 (Id.). — N° 13, III. 2. '10: REINACH J. Note sur l'histoire de l'Ala Vocontiorum. — N° 14, III. 3. '12: LEFEBVRE G. Papyrus du Fayoum; JOUGUET P. Ἐπιγραφαί; CANTARELLI L. Niceta non fu Augustale di Alessandria.

BSDI. N. S. XX. '13. 3: *Chiaudano M.* Dante e il d. r. (F. ERCOLE).

BSSP. XX. '13. 1 e 2: LEICHT P. S. Ricerche sul d. priv. nei documenti preirneriani.

BURS. Quatr. Période LXXII a. CXVIII. '13⁴. 1 (N. 214): VALLETTE P. À propos d'un centenaire. L'Édit de Milan et la paix de l'Église.

BUT. N. 162, Humanistic Series, Jan. '13: CALHOUN G. M. Athenian Clubs in Politics and Litigation.

BVRV. IX. '13-14. 2: *Holldack* Dos u. donatio ante nuptias.

ⲡχ. XVIII. '11. 1-4: *Gelzer* M. Byzant. Verwaltung Aegyptens. *Stockle* A. Spätrom. u. byzant. Zünfte.

BZ. XXI. '12. 1-2 (agg.): *MASPERO* J. Φοιδεράτοι καὶ Στρατιῶται dans l'armée byzantine au vi^e siècle. — XXII. '13. 3-4: *San Nicolò* M. Vereinswesen (A. STÖCKLE); *Maspero* J. Organisat. milit. (M. GELZER); Bibliograph. Notizen u. klein. Mitteilungen (specialmente *Papyruskunde, Geschichte, Jurisprudenz*).

CAI. '12 (agg.): *HAUSSOULIER* B. Inscript. inédite de Delphes, III^e s. a. C. (traité d'assistance judiciaire); *Homo* Topographie urbaine et indic. du domicile dans la Rome anc.; *CUQ* E. Un nouveau vice-préfet du prétoire (Tutti in « Séances »). — '13. 8-9: *MISPOULET* J. B. Diplôme milit. d'Adony [Corpus n.º 90] (in « Séances »); *PRÉCHAC* F. Notes sur C. Velleius; *Balog* E. Skizzen aus der röm. RG. (R. CAGNAT in « Livres offerts »); *POINSSOT* L. Note sur une inscription de Koudiet es Souda (Tunisie) — 10: *FABIA* PH. et *DE MONTAUZAN* G. Note sur un diplôme milit. récemment découvert à Lyon. — '14. 1: *CARCOPINO* J. Note sur un fragment découvert à Constantine; *Cantarelli* L. La serie dei prefetti di Egitto III (*HERON DE VILLEFOSSE* in « Livres offerts ») — 2-3: *CAGNAT* R. La carrière du chevalier rom. *Rossius Vitulus*.

CC. LXIV. '13². 3 maggio, Quad. 1509: Costantino Magno e l'unità crist. — id. 17 maggio, Quad. 1510: *SAVIO* F. Le innovazioni radicali legislat. di Costantino confermano la verità delle apparizioni — id. 21 giugno, Quad. 1512: Costantino Magno e la libertà cristiana (cont.) — id. '13³. 19 luglio, Quad. 1514: Id. (fine).

CG. XLIII (Quinta Serie III). '13. 8 e 10: *FRANCO* V. Il concetto dell'obblig. naturale applicabile all'art. 1237 Cod. civ. (cont.) — 9: *Caruso* E. Capacità di succedere di alcune persone giurid. (A. ROMANO-CASTELLANA) — 12: *GUIDI* G. Il pagamento secondo le teorie del d. r. — XLIV (IV). '14. 1-5: *FRANCO* V. u. s. (cont.).

CJ. IX. '13-14. 1: *HUSBAND* R. W. The Prosecution of Catiline's Associates — 2: *SAGE* E. T. Note on the Tribunate of Ti. Gracchus; *Tod* M. N. Internat. Arbitration (R. J. BONNER) — 4: *HUSBAND* R. W. The Prosecution of Archias; *COLBUORN* G. B. Juvenal 1.111 (*pedibus*

albis) — 5: CANTER H. V. The Impeachments of Verres and Hastings, Cicero and Burke — 7: *Ferguson W. S.* Greek Imperialism (J. A. SCOTT) — 8: *Buckland W. W.* Elem. Principles of Roman Law (L. E. LORD) — 9: EVANS A. E. Aulus Gellius on *mala prohibita* v. *mala in se*; RADIN M. De lege Papia.

CLR. XIII. '13. 7: FOWLER R. L. The Future of the Common Law. — XIV. '14. 5: *Essays in Legal History* (MUNROE SMITH).

CPh. VIII. '13. 3: KENT R. G. The Vedic Path of the Gods and the Roman Pontifex; RADIN M. The Wife of Caius Gracchus and her Dowry; *Mitteis-Wilcken* Papyruskunde (W. S. FERGUSON); *Lesquier J.* Instit. Milit. (ID.); *Cardinali G.* Studi Graccani (S. B. P.). — IX. '14. 1: TENNEY FRANK Representative Government in the Macedonian Republics — 2: CALHOUN G. M. Documentary Frauds in Litigation at Athens; TENNEY FRANK The Background of the Lex Manilia. — 3: SMITH K. K. New Fragment of the Decree of Chremonides; RADIN M. Gens, Familia, Stirps; JOHNSON A. CH. Attic Arcons from 294 to 262 B. C.; WESTERMANN W. L. Apprentice Contracts and the Apprentice System in Roman Egypt; E. T. M. Execution of a Vestal and Ritual Marriage; *Norden F.* Apulejus (M. RADIN); *Calhoun G. M.* Athenian Clubs (W. S. FERGUSON).

CQ. VII. '13. 3: FAY E. W. Syntax and Etymology (*nubere*) — 4: HACKFORTH R. The Modification of Plan in Plato's Republic. — VIII. '14. 1: MUNRO J. A. R. Ἀθηναίων Πολιτεία XXX. 3-4 — 2: CUNNINGHAM H. J. Claudius and the Primores Galliae — 4: HARDY E. G. Claudius and the Primores Galliae. A reply and a restatement.

CR. XXVII. '13. 5: *Mitteis-Wilcken* Papyruskunde (A. S. HUNT) — 7: *Fitzler K.* Steinbrüche, *Lesquier J.* Instit. milit. (H. I. BELL); *Buckland W. W.* Elem. Principles of the R. Law (J. S. BLAKE-REED) — 8: HARDY E. G. Three Questions as to Livius Drusus; *Mosaic. et Rom. Legum Collatio* (A. F. MURISON); *Norden F.* Apuleius (H. E. BUTLER). — XXVIII. '14. 1: *Dikaionmata* (A. S. H.) — 3: *Pöhlmann R. v.* Soziale Frage² (F. GRANGER); *Zimmern A. E.* The Greek Commonwealth (F. NICKLIN); *De Santis G.* Ἀττικὴ (J. R. BROWN); *Bloch G.* La Républ. r. (J. G. C. ANDERSON); *Magoffin R. van Deman* Quinquennales (E. G. HARDY). — 5: *Reid J. S.* Municipalities (F. HAVERFIELD); *Hardy E. G.* Roman Laws and Charters (J. S. BLAKE-REED) — 6: *Teußer J.* Frauenemanzipation (F. GRANGER).

CSA. I. '14: PARETI L. Studi siciliani ed italiani.

CUBW. XVIII. '12: HEALY P. J. Justinian and Charlemagne. — XIX. '13: Id. Constantine's Edict of Toleration.

DC. XXXII (Seconda Serie V). '13. 1: BARBERIS M. Il contratto di prestazion d'opera — 2 e 3: PAPA G. Il mutuo commerciale — 6: *Arangio-Ruiz V.* Giudizi divisorii (in « Spoglio di Riviste »). — XXXIII (VI). '14. 2: PERUGI G. L. I codici giurid. di Grottaferrata.

DG. XXII (Serie seconda VIII). '06-07: FAGGELLA G. Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruz. scientifica; RISPOLI G. Caratteri giurid. e storici del termine per la querela di adulterio. — XXVIII (XIV). '13: MOSCATI G. Studi sulla pena convenzionale nel d. r.; GAETANO G. P. Dei privilegi dei creditori in d. r. (privil. exigendi, pegno legale, pegno privilegiato). — XXIX (XV). '14. 14: MILONE F. Sull'abuso doloso dei diritti (cont.) — 15: Id. Id. (fine); ABELLO L. Alcune idee sulla guerra al d. r. e sul carattere e sulla funzione del d. priv. odierno (cont.) — 16: Id. Id. (fine).

DID. I. '12. 4: *Waltzing J. P.* La thèse de J.-B. de Rossi sur les collèges funér. chrétiens (S. COLOMBO).

DJ. XVIII. '13. 14: Dem Andenken an R. v. Jhering: Briefe an seine Freunde (LANDSBERG) — 20: *Haymann F.* Haftung des Verkäufers I (B. KÜBLER). — XIX. '14. 3: *Raape L.* Pfand (A. MANIGK) — 4: *Norden F.* Apuleius (Id.) — 7: *Kuhlenbeck L.* Die Entw. d. röm. R. II (LENEL) — 9: *Kipp Th.* Humanismus u. RW. (E. HEYMANN); *Mayr R. v.* Röm. RG. (E. GRÜBER).

DL. XXXIV. '13. 31: *Riezler E.* Venire contra factum proprium (A. MENDELSSOHN-BARTHOLDY) — 34: *Rotondi G.* Leges publ. (A. BERGER) — 36: *Noailles P.* Nouvelles de Just. (R. v. MAYR) — 40: *Semekka G.* Ptolem. Prozessrecht I (E. WEISS) — 46: *Freudenthal M.* Condictio (B. FRESE) — 49: *Strachan-Davidson J. L.* Criminal Law (L. WENGER) — 50: *Kübler B.* Lesebuch (P. KOSCHAKER). — XXXV. '14. 2: *Cohen D.* De magistratibus Aegyptiis (G. PLAUMANN); *Mayr R. v.* Röm. RG. (A. v. TUHR) — 4: *Mélanges P. F. Girard* (P. KOSCHAKER) — 7: *Dikaionmata* (G. PLAUMANN) — 17: *Kalb W.* Wegweiser in die röm. Rechtssprache (B. N. FRESE) — 18: *Ziebarth E.* Schulwesen² (F. SEMMEL) — 19: *Kniep F.* Gai Instit. Comm. I, II (F. LESSER) — 22: *Kalb W.* Spezialgrammatik (E. GRÜBER) — 27: *Steiner A.* Der Fiskus I (F. ZUCKER) — 40-41: *Taubenschlag R.* Vormund. Studien (E. RABEL).

EHR. XXVIII. '13. 1: *Sandys J. E.* Constitution of Athens (H. J. CUNNINGHAM); *Strachan-Davidson J. L.* Criminal Law (H. S. JONES) — 2: *Lesquier J.* Instit. milit. (A. S. HUNT); *Polenske K.* Einführung in die Gesch. des r. Privatrechts I (F. DE Z.) — 4: *Reid J. S.* Municipalities (H. S. JONES).

EO. XIX. '13. 1 (agg.): *WITKOWSKI S.* Quaestiones papyrologae max. part. ad epistulas pertinentes; *SMOLKA F.* Konstitucya beocka w s'wietle Pap. Oxyrh. 842 i w s'wietle Krytyki (La constit. beota in rapporto al ... ed alla critica) — 2: *PIOTROWICZ L.* De toparcharum Aegypti Ptolemaeorum et Romanorum aetate condicione; *Wilamowitz-Moellendorf U. v.* und *Niese B.* Staat, *Keil B.* Staatsaltert., *Swoboda H.* Id. in *Hermann K. F.* Griech. Antiq. (S. *WITKOWSKI*).

EPHK. '12: *Géreb J.* Az athéni demokr. etc. (K. MAROT).

ER. CCXVII. '13¹. 2: Greek Genius and Greek Democracy (... *Zimmermann A.* The Greek Commonwealth). — CCXVIII. '13². 1: *GASELEE S.* The Common People of the Early Roman Empire.

Fig. Suppl. littér. IX (Nouv. Série) N. 33, 16 août '13: *TAVERNY* Les affiches d'autrefois.

FIL. XXXVIII. '13. 4 (agg.): *MANDRIOLI D.* Il concorso di più persone nell'atto illecito; *LEONE F.* Risarcim. del danno e pena nel d. ant.; *CASTELLI G.* Sulla in ius vocatio dell'erede estraneo del patrono; *Collinet P.* Études hist. sur le dr. de Just. I (G. ROTONDI); *Marchi A.* Obblig. rom. I (E. BARBIERI) — 5: *ROTONDI G.* Sul modo di formaz. delle Pand. (*Peters H.* Die oström. Digestenkomment.); *BONFANTE P.* Il ius adreascendi nel condominio. — XXXIX. '14. 1: *SCARLATA F.* Il ius retentionis in dir. civ.; *CASTELLI G.* Il culto degli antenati e la success. nel dir. giapponese; *ALBERTARIO E.* Di nuovo sul glossema in Gai. IV, 139; *Bertolini C.* Appunti, Processo I e II (R. FUBINI) — 2: *BETTI E.* Cause ed inizio della crisi della Rep. in Roma — 3: *SUMAN A.* L'obblig. natur. del pupillo in d. r.

FP. XIV. '13. 10: *PATRONO B.* Lex Aebutia e diritto pretorio.

G. I. '13-14. 1: *PÖHLMANN R.* v. Hellenismus u. Gewissensfreiheit in Griechenland; *RABEL E.* Romanist. RG., Der äussere Stand der heutigen Forschung.

GD. XX. '12. 5: *CHIAPPELLI L.* Ancora su Dante e il d. r.

GGA. CLXXV. '13. 10: *Lesquier J.* Instit. milit. (W. SCHUBART). — CLXXVI. '14. 1: *Steiner A.* Fiskus I (A. BERGER).

Git. XIII. '13 N. 293 (22 ottobre): TONETTI F. Come si votava a R. nel bel tempo antico.

GLJ. II. '13: BRICE CH. S. Roman Aequitas and English Equity.

GM. '13 Ijun: USPENSKIJ K. N. Iustinian i krupnoje zemlevladěnije senatskoj znati (Giustin. e i latifondi possed. dai senatori).

H. XLIX. '14. 1: KAHRSTEDT U. Staatsrechtliches zum Putsch von 411; BRAUSE J. *Ποτίμιον ὄρχος νόμος*; LEUZE O. Aedilis lustralis; THALHEIM TH. Zu Antiphon — 2: BLUMENTHAL F. Auguria salutis; ROSENBERG A. Aedilis lustralis u. die Sacra von Tusculum; KOLBE W. Der zweite Triumphvirat — 3: SOLTAU W. Der Ursprung der Diktatur — 4: HOLLEAUX M. *Στρατηγός ἡ Ἀνθύπατος*; BRASSLOFF S. Die Rechtsfrage bei der Adoption Hadrians.

Her. N. 39. '13: GOLIGHER W. A. Athenian Clubs (*Calhoun G. M. Id.*).

HG. XXV. '14. 1: PÖHLMANN R. v. Die Bedeutung der Antike für staatsbürgerliche Belehrung u. Erziehung (Festrede).

HJ. XXXIV. '13. 4: *Canfield L. H.* The Early Persecutions of the Christians (C. WEYMAN).

HKZ. '13. 7-8: KATO S. Del receptum e della sua influenza sulle moderne leggi (*In giapponese*).

HLR. XXVII. '13-14. 3: POUND R. The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines.

HZ. CXI (Dritte Folge XV). '13. 2: BELOCH J. Die Volkszahl als Faktor u. Gradmesser der histor. Entw. — 3: JUDEICH W. Die Gesetze des Caius Gracchus. — CXII (XVI). '13-14. 1: STRACK M. L. Die Freigelassenen in ihrer Bedeut. für die Gesellschaft der Alten; *Hartmann L. M.* Spätant. u. frühmittelalt. Staat (K.); *Steiner A.* Fiskus I (M. GELZER). — CXIII (XVII). '14. 1: *Pöhlmann R. v.* Soziale Frage² (Id.). — *Reid J. S.* Municipalities (Id.); *Bruns-Gradenwitz* Fontes, Addit. (KANTOROWICZ); *Biedermann E.* Aegypt. Verwalt. (M. GELZER).

IF. XXXI. '12. 1-3: KÖHM J. Der ursprüngl. Sinn von *animus despondere* u. die zugrundeliegende Vorstellung.

ILR. VIII. '13-14. 9: ZANE J. M. A Roman Lawyer (The younger Pliny).

JAIW. XV. '12. 2: PREMIERSTEIN A. v. Griechisch-Römisches aus Arcadien. — XVI. '14. 1: SUNDWALL J. Bruchstücke attischer Verwaltungsurkunden.

JB. '13-14. 3: *Pokrovskij I.* Istorija rimskago prava (B. IVANOV).

JCL. N. S. XIII. '13. 2, N. XXVIII: GIRARD P. F. The Teaching of Rom. Law; ASTON W. D. Problems of Rom. Criminal Law; Great Jurists of the World, Gaius (C. LEDLIE), Andreas Alciati and His Predecessor (C. PHILLIPSON), R. J. Pothier and French Law (J. E. DE MONTMORENCY) — 3, N. XXIX: STEVENS H. P. Roman Law and the Rom. Drama; THAYER A. S. Adverse Possession. — XIV. '14. 1, N. XXX: *Great Jurists of the World* (T. B.) — 2, N. XXXI: DE MONTMORENCY J. E. G. The Registration of Marriage under Medioeval Roman Law.

JG. XXXIV. '11 (pubbl. nel '13): Altertum... Griechen (TH. LENSCHAU), Römer (W. LIEBENAM). — XXXV. '12 ('14): Altertum... Aegypten (A. WIEDEMANN), Römer (W. LIEBENAM).

JHS. XXXIII. '13. 2: TOYNBEE A. J. The Growth of Sparta; *Se-meka G.* Ptolem. Prozessrecht, *San Nicolò M.* Vereinswesen I, *Tod M. N.* Intern. Arbitr., *Maspero J.* Organis. milit., *Ferrari G.* Documenti greci.

JJ. Zweite Folge XXVII (LXIII). '13-14. 1-2: LAST A. Fragen der Besitzlehre (*vedi* XXVI, fine).

JL. XXV. '13. 8: OERTMANN Rudolph von Jherings Briefe; *Festgaben für L. Enneccerus*, *Heymann E.* Das Verschulden beim Erfüllungsverzug (BOVENSIEPEN); *Kühlenbeck L.* Die Entwicklungsgesch. des r. Rechts II (R. v. MAYR) — 9: *Raape L.* Der Verfall des griech. Pfandes (EGER) — 10: *Festschrift für A. Wach*, *Stintzing W.* Die Beklagten-schaft im dngl. Rechtsstreit (BOVENSIEPEN). — XXVI. '14. 1: *Kohler J.* u. *Ziebarth E.* Das Recht von Gortyn (EGER) — 3: *Festschrift für E. Zitelmann*, *Mayr R. v.* Gesetzeskunst, *Raape L.* Die testam. Willkürbedingung, *Rabel E.* Actio quasi instit., *Schulz F.* Interpol., *Schwarz A. B.* Homologie u. Protokoll (BOVENSIEPEN) — 4: *Brinz A.* Pand.² I [Rist.] (KÜBLER). — 6: *Balog E.* Ueber das Alter der Ediktskommentare des Gaius (PAGEL).

JNS. CII (Dritte Folge XLVII). '14¹. 1: *Pöhlmann R. v.* Soziale Frage² (BELOCH).

JPh. XXXIII. '13, N. 65: HARDY E. G. The Transpadani and the Colony of Novum Comum.

JPhVB. XXXIX. '13: *Bögli H.* Jus gentium (F. LUTERBACHER).

JR. XXV. '13-14. 3-4: *Hyamson M.* Mosaic. et Rom. Legum Collatio; *Tod M. N.* Intern. Arbitr. — XXVI. '14-15. 1: *Great Jurista of the World* — 2: *Bryce J.* The Roman Empire.

JRS. III. '13. 1: **HARDY E. G.** Some Notable Judicia Populi on Capital Charges; *Mosaic. et Rom. Legum Collatio* (**J. S. BLAKE-REED**) *Cardinali G.* Studi Graccani (**W. W. FOWLER**).

JS. N. S. XI. '13. 7: *Schwarz A. B.* Hypothek (**P. JOUGUET**). — XII. '14. 2: *Calhoun G. M.* Athenian Clubs (**A. JARDÉ**) — 5: *Rosenberg A.* Der Staat (**A. GRÉNIER**).

JV. XLIV (N. F. XXVIII). 1-2: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABG.* I, *Wenger L.* Antikes Richterkönigtum, *Koschembahr-Lyskowski I. v.* Zur Stellung des röm. Rechts etc. (**X. Y. Z.** [**E. WEISS**]). — XLV (XXIX). '13. 2-3: *Berger A.* Teilungsklagen (**R. TAUBENSCHLAG**) — 4: *Kuhlenbeck L.* Entw. des röm. Rechts II. — XLVI (XXX). '14. 1-2: *Lisowski S.* Aus der griech. Papyrologie [polnisch] (**R. TAUBENSCHLAG**).

JVč. '13. 2: *Mayr R. v.* Röm. RG. (**S. SABININ**) — 4: **SABININ S.** K voprosu o znacenií jurisprudencii v rimskom pravě (Circa l'import. della giurispud. nel d. r.); *Pokrovskij I.* Istorija rimaskago prava (**S. SABININ**).

KI. XIII. '13. 1 (agg.): **PLAUMANN G.** Bemerkungen zu den ägypt. Eponymdatierungen aus ptolem. Zeit, I Makedonen unter Eponymen — 2 (agg.): **Id.** Bemerk. u. s., II Ein Ratsprotokoll von Ptolemais; **L.-H. C. F.** Zur lokrischen Busse — 3-4: **PLAUMANN G.** Das sog. SC. ultimum, die Quasidiktatur der späteren röm. Republik; **BOLKESTEIN H.** Zur Entstehung der ionischen Phylen; **PLAUMANN G.** Bemerk. u. s. III Ein Volksbeschluss von Alexandria; *Mitteis L. u. Wilcken U.* Papyruskunde (**H. I. BELL, P. VINOGRADOFF**). — XVI. '14. 1: **GROAG E.** Beiträge zur Gesch. des zweiten Triumvirats — 2: **GUMMERUS H.** Die röm. Industrie. Wirtschaftl. Untersuchungen I; **KORNEMANN E.** Zur altital. Verfassungsgesch.; **SIGWART G.** Die röm. Königszeit u. die Fasten des 5 Jahrhunderts v. Chr. — 3: **POMTOW H.** Delphische Neufunde, I Zur delphischen Archontentafel des III Jahrhunderts.

KVGR. LI (Dritte Folge XV). '13. 2: *Krüger P.* Gesch. der Quellen² (**L. WENGER**); *Papyrus grees... Lille* II. 2-4 (**E. v. DRUFFEL**). — 3: *Dikaiomata* (**L. WENGER**) — 4: *Haymann F.* Die Haftung des Verkäufers (**W. STINTZING**). — LII (XVI). '14. 2: *Taubenschlag R.* Vormund. Stu-

dien (B. KÜBLER); *Kniep F.* Gai Instit. Comm. 1, 2 (E. WEISS); *Berger A.* Teilungsklagen (B. KÜBLER); *Vocabul. iurispr. rom.* I, II. 1 e 2, III. 1, V. 1 (L. WENGER); *Kübler B.* Lesebuch (Id.); *Calogirou G.* Arrha (M. SAN NICOLÒ); *Samter R.* Nichtförm. Gerichtsverfahren (A. STEINWENTER); *Mélanges P. F. Girard* (A. BERGER); *Beseler G.* Kritik der r. Rechtsquellen III (Id.).

Let. XIII. '13. 10: RODOLICO N. Elettori e candidati di 2000 anni or sono. — XIV. '14. 8: ROSSINI A. Ostruzionismo ed ostruzionisti.

LMR. XXXVIII. '12-13. 2: *Buckland W. W.* Principles of R. Law — 3: *Hardy E. G. R.* Laws and Charters; *Moyle J. P.* Justin. Instit.⁵ — 4: *Hyamson M.* Mosaic. et Rom. Legum Collatio. — XXXIX. 3: *Bryce J.* The Ancient Roman Empire etc.

LQR. XXX. '14. 2: DE ZULUETA F. The Girard Testimonial Essays (*Mélanges P. F. Girard*); RANDALL H. J. European Legal History; *Cottinet P.* Études sur le dr. de Just. I (F. Z.) — 3: *Great Jurists of the World* (H. J. R.).

LT. CXXXV. '13 May 10: GIRARD P. F. The Law of the Twelve Tables.

LZ. LXIV. '13. 32: *Cardinali G.* Studi Graccani (W. SOLTAU) — 42: *Vocab. iurispr. r.* II. 2 — 43: *Cohen D.* De magistratibus Aegyptiis (H. PHILIPP); *Preisigke F.* Sammelbuch griech. Urkunden, Id. Berichtigungsliste der griech. Papyrusurk. (A. BÄCKSTROM) — 46: *Papiri greci e latini* I (O. CRUSIUS) — 47: *Bögli H.* Ius gentium — 48: *Griech. Papyrusurk. der Hamburger Stadtbibl.* I. 2 (A. STEIN); *Steiner A.* Fiskus I (E. WEISS); *Schaub F.* Sklaverei — 49: *Lesquier J.* Instit. milit. (H. PHILIPP) — 50: *Strachan-Davidson J. L.* Rom. Criminal Law. — LV. '14. 2: *Pöhlmann R. v.* Isokrates u. das Problem der Demokratie (H. R.) — 5: *Beseler G.* Kritik der Rechtsquellen III — 7: *Weiss E.* Rechtskraft u. Einrede; *Hermann K. F.* Griech. Antiq.; *Swoboda H.* Griech. Staatsaltert. (H. PHILIPP) — 8: *Kniep F.* Gai Instit. Comm. II §§ 1-96 — 11: *Kohler J. u. Ziebarth E.* Das Stadtrecht von Gortyn (K. HÖNN) — 20: *Biedermann E.* Aegypt. Verwaltung (E. WEISS); *Bloch G.* Républ. rom. (W. SOLTAU) — 23: *Bruns-Gradenwitz* Fontes, Additam. — 27: *Täubler E.* Imperium rom. I (A. STEIN) — 30: *Affolter F.* Die Persönlichkeit des herrenlosen Sklaven.

MAAN. II. '13: SPINELLI T. V. L'assistenza pubbl. in Roma ant. e partic. le istituzioni alimentari.

MAB. VII. '12-13 (agg.): COSTA E. Cicerone giurec., Parte II, II d. pubbl.; BRINI G. Possessi di diritti e conditiones nel d. r.

MAF. LXXII (Huitième Série II). '12: MOWAT R. Les conspirateurs et les prétendants non reconnus par le Sénat depuis Jules César jusqu'à Romulus Augustus.

MAM. Serie terza XII. '14 (Sez. Scienze): ARNÓ C. La bon. possessio-sine re. Il problema dell'origine.

MATou. Dixième Série X. '10: TOURRATON E. Le magistrat athénien dans le théâtre d'Aristophane. — XI. '11: Id. Les vacances judic.; LÉCRIVAIN CH. Les fondation perpét. dans le dr. grec.

MB. XVII. '13. 3: HOHLWEIN N. Papyrus choisis, Trad. et comm. (*vedi* 1; fine) — 4: FRANCOU H. Études sur Démosthène, II La chronologie des années 360/59 et 352/1, III Le discours contre Aristocrates, IV La date du discours περί συντάξεως, V Le plaidoyer contre Timocrates; HALKIN L. Le diplôme milit. de Flémalle-Haute.

MBJKPK. XXXV. 2. Nov. '13: SCHUBART W. Röm. R. in Griechischen Papyrusrollen.

MDAI. *Athen. Abt.* XXXVIII. '13. 1: FABRICIUS E. Inschrift aus Kapatzedes; LAUM B. Εισαγωγὴς auf Samos. — *Röm. Abt.* XXVIII. '13. 2-4: PARIBENI R. Ancora dei bronzi trovati presso Ponte Sisto (*cfr.* '11 pag. 238).

MF. CIII a. XXIV. 13³. 3 (N. 383): CHAMPEAUX PH. Les Phéaciens d'Homère colonie phénicienne.

MHL. XLI (N. F. I). '13: REICHE F. Ueb. die Solon. Verf. des Aristoteles (F. HIRSCH).

Min. XXXIII a. XXIII. 21: Come si votava a R. nel bel tempo antico (*cfr. qui* pag. 341).

MLR. XII. '13-14. 2: SHERMAN CH. P. The Debt of the Modern Law of Guardianship to Roman Law.

Mne. N. S. XLI. '13. 4 e XLII. '14. 2 e 4: NABER J. C. Observat. de iure rom., CV De iudiciis in rem duplicibus II, III, IV (ult.).

MT. LIV (Serie Seconda XVI). '13. 33: BERTOLINI C. Appunti, Processo I. — LV (XVII). '14. 7: Id. Id. II — 13: PULCIANO C. E. Plinio il Giovane, RAZZINI C. S. Giovenale, INVREA G. Svetonio (R. FUBINI).

MTid. XLI. '12: WESTRUP C. W. Studier over romersk Krigsret (*cfr. qui* a. XXV pag. 301).

Mus. XX. '12-13. 7: *Sesan V.* Kirche u. Staat (DE ZWAAN) — 9: *Gelzer M.* Nobilität (N. J. SINGELS). — XXI. '13-14. 1: *Rosenberg A.* Zenturienverf. (HOECKSTRA) — 3: *Cohen D.* De magistr. Aegypt. (ENGERS) — 8: *Rosenberg A.* Staat (A. W. Bijvanek).

NA. a. XLVIII. '13 fasc. 1001, 1 sett.: I metodi elettorali degli ant. R. (In « Fra libri e riviste » *cfr. qui* a. XXV pag. 314 e nel presente spoglio pag. 353, CHAIGNE G.) — fasc. 1002, 16 sett.: La libertà di coscienza nell' ant. R. (ivi. *Cfr. qui* a. XXV pag. 311, PICHON R.). — a. XLIX. '14, fasc. 1013, 1 marzo: FERRARIS L. Sul problema del caro-viveri.

NC. I. '13. 5: *Gelzer M.* Nobilität (L. CANTARELLI) — 8: *Cavaignac E.* Athènes (A. ANZILOTTI).

NCA. 14 Jan.: ROBERTSON-SCOTT J. W. Tiberius Gracchus and his Judges.

Neap. I. '13. 32: RIBEZZO F. Questioni italiche di storia e preistoria, II Il cippo del Foro Rom. e le epigrafi di lettera greca nel latino arcaico.

NJKA. XXXIII a. XVII. '14. 2: WARNECKE B. Die bürgerl. Stellung der Schauspieler im alten Rom — 3: KROMAYER J. Die wirtschaftl. Entw. Italiens im II u. I Jahrh. v. Chr.

NRF. VI. '13. 6: CORSELLI R. I sistemi rom. nella dominaz. dell'Africa.

NRH. XXXVII. '13. 3: SENN F. L' in diem addictio; MONNIER H. et PLATON G. La meditatio de pactis nudis (*vedi* 2, cont.); *Brillant M.* Secrétaires (L. BOULARD) — 4: MONNIER H. etc., Id. (cont.); *Collinet P.* Études hist. sur le droit de Just. I (A. AUDIBERT) — 5: SENN F. La dation des arrhes, Hist. d'une sûreté réelle; MONNIER H. etc. Id. (cont.) 6: *Lesquier J.* Instit. milit. (P. COLLINET); *Bergman C. G.* Adoptionsrecht (Id.); *Norden F.* Apuleius (L. DEBRAY); *Solazzi S.* Acquisto del possesso per mezzo di rappr. (Id.). — XXXVIII. '14. 2: LEVY-BRÜHL H. Étude sur la cretio; CHÉNON É. Les conséquences jurid. de l'Édit de Milan (313); *De Matteis F.* La condiz. giurid. della donna nella legisl. di Giust., *Pitzorno B.* Il d. r. nei docum. del ducato di Gaeta, *Strachan-Davidson J. L.* Rom. Criminal Law (G. TESTAUD); Importantes découvertes de papyrus (J. JUSTER, E. PERROT in « Chronique ») — 3: MONNIER H. etc. Id. (cont.); *Cug E.* Apokéryxis (P. COLLINET); *Solazzi S.* Errore e rappresent. (L. DEBRAY); *Leonhard R.* The Vo-

cation of America for the Science of R. L. (ID.); *Riccardi E.* Codex accepti et expensi (L. BOULARD); *Coli U.* Fr. 3 § 7 D. 34. 4 e 10 [11] pr. D. 34. 5 (ID.); *Ferrari G.* Formulari notarili (ID.).

ΣΣ. XII. '12: *ALIVIZATES* Ἡ ἐκκλησιαστικὴ νομοθεσία τοῦ αὐτοκρ. Ιουστιν. τοῦ Α'.

NTF. IV R. II. '12-13. 1-2: *Gelzer M.* Nobilität (S. PANTZERHIELM THOMAS); *Raeder A.* Arbitr. intern. (H. RAEDER).

Phil. LXXXII (N. F. XXVI). '13. 1: *HIRZEL R.* Οὐσία — 2: *DRUFFEL E. v.* Papyrologisches (1, Zu pap. Grenf. I. 11; 2, Zum Hermiasprocess); *BRASSLOFF S.* Beiträge zum Juristenlatein (1, Die Bedeutung von *quando*; Die Verwendung des Neutrums des Demonstrativpronomens mit Beziehung auf ein vorausgehendes Masculinum oder Femininum); *Gerhard G. A.* Zur Priesterliste des ptolem. Urkundenprotokolls — 3: *SOLTAU W.* Classis u. Classes in Rom. — LXXXIII (XXVII). '14. 1: *BERGER A.* Streifzüge durch das röm. Sklavenrecht.

Praw. III. '14. 1: *LISKOWSKI I.* Dlaczego uczymy się prawa rzymskiego? (Perché impariamo il d. r.?).

PSQ. XXIX. '14. 1: *Reid J. S.* Municipalities, *Hardy E. G.* Roman Laws (G. W. BOTSFORD).

RA. Quatrième Série XXII. '13². 1: *Cardinali G.* Studi Graccani — 2: *Secrétant H.-F.* La population et les mœurs (S. R.) — 3: *CAGNAT R.* et *BESNIER M.* Revue des public. épigraf. relatives à l'antiquité romaine. — XXIII. '14¹. 3: *Id.* *Id.*

RAFDR. XIX. '11 ('13): *SOUSA H. DE.* O Direito Romano nos Condições da Europa.

RAL. Serie Quinta XXII. '13. 3-4: *LUMBROSO G.* Il papiro di Halle (*Dikaionmata*). — XXIII. '14. 1-2: *BRUGI B.* L'abuso del dir. come concetto giurisprudenziale.

RASB. VI. '12-13 (agg.): *BRINI G.* Mortis causa specifico e mortis causa diversi; *Id.* Ancora sul fr. 9 § 1 D. XXIII, 3, e sulla convenzione di trattative in generale; *Id.* Che il beneficio della separaz. del patrim. eredit. da quello dell'eredità non toglieva ai credit. eredit. diritto sul secondo, già nel d. r. giust., e già secondo un'opin. romana class. (fr. 1 § 7, fr. 3, fr. 5 D. XLII, 6); *Id.* Classicità della irresponsabilità personale e dell'obbligo reale negli eredi pel reato dell'autore in d. r.

RBé. XXX. '13. 3: *Alivisatos H.* Die kirchl. Gesetzgebung Justin. (H. LECLERCQ).

RCDG. X. '12. 11-12: MAZZATESTA V. Natura giurid. del contratto di abbonamento alle cassette-forti di custodia nelle banche.

RCHL. N. S. LXXV a. XLVII. '13². 30: *Gelzer M.* Nobilität (E. T.) — 33: *Bonner R. J.* Administr. of Justice (MY.) — 46: *Steiner A.* Fiskus I (G. MASPERO) — 51: *Strachan-Davidson J. L.* Criminal Law (P. COLLINET). — LXXVI a. XLVIII. '14¹. 2: *Beseler G.* Quellen III (É. T.) — 6: *Rosenberg A.* Staat (P. THOMAS); *Täubler E.* Imp. rom. I Staatsverträge (Id.) — 7: *Jouquet P.* Papyrus de Théadelphie (MY.) — 10: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* — *Niese B.* Staat u. Gesellschaft (MY.) — 11: *Bloch G.* La Républ. rom. (R. CAGNAT) — 12: *Klio XIII* (MY.) — 19: *Manaresi A.* L'Imp. rom. e il Cristian. (M. BESNIER).

RDC. XI. '13. 8: BONFANTE P. Concezioni giurisprud. dei rapporti di vicinanza — 10: ROCCO A. Studi sulla storia del fallimento, I Il dir. rom. — 11: BONFANTE P. L'azione autonoma del condomino — 12: *Galgano S.* Usucapio (G. S. in «Libri e riviste»). — XII. '14. 2: *Bonfante P.* ...condominio (3 studi) (In «Libri e Riv.») — 3: *Costa E.* L'alienaz. della cosa locata in rapporto col conduttore. Contrib. alla storia dell'art. 1597 del Cod. civ. — 4: *Riccobono S.* Traditio ficta (In «Libri e Riv.») — 5: BONFANTE P. Il concetto dell'obblig. natur. — 7: BRUGI B. Patti di pagam. fra coniugi al momento della separ. personale — 9: *Riezler E.* Venire contra factum proprium (in «Libri e Riv.»).

RDCi. V. '13. 5: LEONE F. Nesso causale tra colpa e danno. — VI. '14. 1: *Carusi E.* Sui rapporti fra d. r. e d. musulm. (in «Estratt. di Riv.», C. LONGO).

RDI. XLV (Deux. Série XV). 4: *Kniep F.* Gaius, *Id.* Gai. Instit. I e II, 1 (G. C.) — 5: *Nouv. Revue histor. etc.* XXXVI, *Collinet P.* Études sur le dr. de Just. I, *Krüger P.* Quellen², *Marchi A.* Obblig. I. *Bertolini C.* Appunti. Processo I, *Id.* Bibliografia, *May G.* Éléments¹¹, *Appleton Ch.* L'oblig. de transférer la propriété dans la vente, *Bögli H.* Ius gentium, *San Nicolò M.* Vereinswesen, *Hohlwein N.* L'Égypte rom. (G. C.). — XLVI (XVI). '14. 1: *Pacchiòni G.* Contratti a favore di terzi, *Bull. dell'Ist. di d. r.* XXIV e XXV, *Papyrusurk. Hamburg I*, 2, *Cuq É.* SC. de Délos, *Thiele G.* Lateinkursus II, *Kübler B.* Lesebuch (G. C.). — 2: *Senn F.* Obligations I, *Kan J. v.* Besitsverhoudingen, *Mayr R. v.* Röm. RG II-IV, *Rolin II.* Introd. histor., *Polenske F.* Einführung in die Gesch. des r. Privatrechts I, *Coli U.* Collegia, *Balog E.* Skizzen aus der röm. RG., *De Francisci P.* Saggi, *Hohlwein N.* Pa-

pyrus choisis, *Steiner A.* Fiskus I, *Taubenschlag R.* Vormund. Studien, *Castelli G.* Παρρησια (Id.) — 3: *Hermann K. F.* Lehrbuch der griech. Antik., *Swoboda H.* Staatsaltert., *Meurs J. H. v.* Rechtsgedingen over bepaalde goederen, *Kist N. C.* De verweerder in het eigendomsproces, *Nap J. N.* Het iudicium legitimum, *Kniep F.* Gai Instit. Comm. secundus §§ 97-280 e Comm. tertius §§ 1-87, *Kuhlenbeck L.* System, *Bertolini C.* Appunti. Processo II, *Girard P. F.* Le leges Juliae iudic., *Teufer J.* Frauenemancipation, *De Vischer F.* Vente de choses futures, *Sperling G.* Actio und Oblig. (Id.).

RDIP. VII. '11: *Phillipson C.* Internat. Law.

RDJA. XX. '13-14. 15 e 16: *De Cordoba y Morales G. F.* El jus gentium de los Romanos y el Derecho Internacional Privado.

REA. XIV (XXXIV). '12, 2 (agg.): *Bouché-Leclercq A.* L'intolérance relig. (G. RADET). — XV (XXXV). '13. 3: *Wilhelm A.* Die lokrische Mädcheninschrift (P. FOURNIER); *Braunstein O.* Die polit. Wirksamkeit der griech. Frau (F. DÜRRBACH) — 4: *Tod M. N.* Intern. Arbitr. (V. CHAPOT); *University of Toronto Studies, Theban Ostraka* (P. JOUGUET); *Alivisatos H. S.* Kirchl. Gesetzgeb. Justinians (R. MASSIGLI); *Cuq E.* Un nouveau document sur l'Apokéryxis (C. JULLIAN). — XVI (XXXVI). '14. 1: *Mispeulet J.-B.* Mythologie jurid.; *Hitzig H. F.* Staatsverträge (G. MAY); *Bloch G.* La Républ. rom. (C. JULLIAN); *Girard P. F.* Le leges Juliae iudic. (P. COLLINET) — 2: *Collinet P.* Études sur le dr. de Just. I. (G. MAY).

REG. XXVI. '13. 2 (N. 117): *Claudel P. L.* Le contrat réel en dr. attique — 4 (N. 120): *Roussel P.* Bulletin épigr. — XXVII. '14. 1: (N. 121): *Maspero J.* Papyrus grecs d'époque byzant. I. 2, II. 1 e 2 (A. JACOB) — '2 (N. 122): *Lacroix M.* et *Glotz G.* Suite aux notes sur les comptes de Délos; *De Ricci S.* Bulletin Papyrol.; *Maspero J.* Pap. grecs d'ép. byz., *Id.* Organism. milit. (Ch. DIEHL).

REH. '13 mars-avril: *Lange A.* Les tyrans en Grèce — mai-juin: *Cavaignac E.* Comment fut votée la première guerre punique.

REp. N. S. I. '13. 1: *Reinach A.* Bulletin annuel d'épigr. grecque '10-12, I — 2-3: *Id.* Id., II; *Id.* La fondation de P. Vibius Salutaris à Éphèse; *Id.* La phratrie d'Arthémis à Naples — 4: *Id.* Bull. u. s., III (fin); *Espérandieu E.* Note sur une inscription du Musée d'Épinal; Chronique épigraphique. — II. '14. 1: *Bayet J.* et *Rat M.* Les curatores viae I; *Reinach A.* Bull. u. s. '13.

RES. '10. 11-12: CHATTERTON-HILL G. Le colonat romain et le servage. — '11. 7-8: CORSO R. I doni nuziali. Studio critico comparato.

RFIC. XLI. '13. 2 (agg.): *Gelzer M.* Nobilität (C. LANZANI). — XLII. '14. 1: PARETI L. L'etimo di Regio Calcidese in Strabone e l'elemento Sannitico nel Bruzzio; *Cardinali G.* Studi Graccani (C. LANZANI) — 2: COSTANZI V. A proposito della Lex Hortensia sui plebi-sciti; *Taubenschlag R.* Vormund. Studien (F. CALONGHI); *Bleckmann F.* Griech. Inschriften zur griech. Staatenkunde (C. CESSI) — 3: *Dikaio-mata* (D. BASSI) — 4: *Laum B.* Stiftungen (U. E. PAOLI); *Bloch G.* La rép. rom. (C. BARBAGALLO); *Manaresi A.* L'Imp. rom. e il Cristian. (Id.); *Papyri Iandanae, Instrumenta* (C. O. Z.); *Steiner A.* Fiskus I (Id.).

RG. II. '14. 2: KOHLER J. Prozess und Nichtprozess.

RGD. XXXVIII. '13. 4: CAUVIÈRE J. Le lien conjugal et le divorce, Le Bas-Empire (vedi XXXVI e XXXVII. 2, cont.); Hist. univ. du travail, *Louis P.* Le travail dans le monde rom. (J. LEFORT); *Petit E.* Traité⁷. (C. CHABRUN) — 5: CHABRUN C. Observations sur l'ἐξαργωγή; CAUVIÈRE J. u. s. (fine); *Bruns-Gradenwitz* Fontes, Addit. (J.-B. MISPOULET); *Schindler H.* Präpar. zu den Inst. Justin. (P. GUYOT) — 6: PATURINI G. Pactes et contrats. Simples remarques (cont.). — XXXVIII. '14. 1: Id. Id. (cont.); *Études P. F. Girard.* (J.-B. MISPOULET); *In-veia G.* Svetonio, *Razzini C. S.* Giovenale, *Pulciano C. E.* Plinio il Giovane (J. VALERY) — 2: *Ramadier P.* Missio in bona (L. BOULARD).

RGLJ. CXXIV a. LXII. '14¹. 2: TRAVIESAS M. Cristianismo y Derecho romano — 3: Id. Sobre nulidad jurídica (cont.).

RH. CXIV a. XXXVIII. '13³. 1: *Mélanges P. F. Girard* (CH. LÉCRIVAIN) — 2: BABUT CH. E. Recherche sur la garde impér. et sur le corps d'officiers de l'armée rom. aux IV^e et V^e siècles (cont.); *Bloch L.* Soziale Kaempfe (C. PF.). — CXV a. XXXIX. '14¹. 1: GUIGNEBERT CH. Antiquités chrétiennes; *Allard P.* Esclaves chrét.⁵ (C. PF.) — 2: Bulletin histor. Antiquités latines. Publications étrangères (CH. LÉCRIVAIN). — CXVI a. XXXIX. '14². 2: BABUT CH. E. u. s. (fine).

RHE. XIV. '13. 3: *Cezard L.* Hist. jurid. des persécutions (C. CALLEWAERT).

RHon. '13 juillet-décembre: SZÁSZY-SCHWARZ G. DE. Rodolphe Jhering et son œuvre.

RI. XVII. '14. 9: LANDI C. Giustiniano nel cielo di Mercurio.

RIDC. VI. '13. 5-8: *Norden F.* Apuleius (B. JOFFÉ).

RIL. Serie seconda XLVI. '13. 13: ALBERTARIO E. La responsab. del pupillo fino al limite del suo arricchim. per il dolo del tutore — 14: BONFANTE P. Il ius prohibendi nel condominio — 15: ID. ID. Il ius adcrendi nel condom.; ALBERTARIO E. Responsab. del pupillo derivante dal suo arricchim. per gli atti compiuti senza l'autoritas tutoris. — XLVII. '14. 1: ZUCCANTE G. Rendiconto ecc. (*Bonfante P.* Condominio [2 note], *Albertario E.* Responsab. ecc. [5 note]) — 5: VISCANTI A. Il cap. 7 di Guido imperat. e il d. ered. mediev. — 6: LATTES A. La denuncia di nuova opera per iactum lapilli — 8: CASTELLI G. Alcune osserv. giurid. sull'epitaffio di Allia Potestas — 9: DE MARCHI A. A proposito della *Forma urbis Mediolani* — 10-11: ALBERTARIO E. Lis contestata.

RIS. XVII. '13. 5-6: Le pene secondo il d. r. (*Aston W. D.* Rom. Crim. Law); *Cardinali G.* Roma e la civiltà ellenistica; L' influenza del d. r. ecc. (*Girard P. F.* The Teaching of R. Law). — XVIII. '14. 1: Il d. r. nel periodo prebolognese (*Leicht P. S.* Iura et actiones).

RISG. LIII. '13-14. 3: SOLAZZI S. Tutele e curatele (cont.). — LIV. '14: ID. ID. (cont.); SCHUPFER F. Gaeta e il suo dir., Studi su docum. del Codex cajetanus; *Ferrari G.* Ricerche sul dir. ered. in Occidente (F. SCHUPFER); *Roberti M.* Esecut. testam. (ID.).

RISS. LXII a. XXI. 13². 4: *Costantino Magno e la libertà cristiana* («Sunto delle Riviste»). — LXIII a. XXI. '13³. 1: TONIOLO G. Problemi ed ammaestr. sociali dell'età costant. (vedi qui a. XXV pag. 314, cont.); GRILLI C. Gli esperimenti coloniali nell'Africa neolatina; *Bonfante P.* Il ius prohibendi nel condominio — 3: TONIOLO G. u. s. (fine); *Albertario E.* Responsab. del pupillo per il dolo del tutore. — LXIV a. XXII. '14¹. 3: *Allard P.* Persecuzioni (L. C.); *Telly Lafont G. A.* Un siglo de escuela historica (F. ERMINI) — 4: *Boucaud Ch.* Droit chrétien (A. BURRI). — LXV a. XXII. '14². 3: *Tra-rietas M. M.* Cristian. y Derecho rom. (in «Sunto delle Riv.»; *Albertario E.* Responsab. ecc. nell'interd. unde vi.

RJC. XV. '09. 3 (agg.): RIERA Y GALLO J. La acción ad exhibendum. — XVIII. '12. 11-12 (agg.): TELL Y LAFONT G. A. Enfitensis (cont.). — XIX. '13. 1-2: ID. ID. (fine). — XX. '14. 1-3: ID. Un siglo de escuela histórica — 4-6: ID. El registro de la propiedad

en Egipto en la época Romana (Confer.); SANTAMARIA V. Un siglo de escuela histórica.

RLT. Deuxième Série VII. '11: BONNECASE J. La Thémis 1819-31 (*cfr. qui pag.* 292).

RM. XXIX. '10. 2: *Nys E.* Pages de l'hist. du droit en Angleterre. — XXXIII. '14. 3-4: *Strachan-Davidson J.-L.* Rom. Criminal Law (J. HAMBURGER).

RMI. LVH. '12. 8: CAPPELLO G. Gli eserciti romani nella Libia — 9: CAMPOLIETI N. M. La colonizzazione militare dei Romani.

RMPH. N. F. LXVIII. '13. 3: KAHRSTEDT U. Die Märtirerakten von Lugdunum 177; BRASSLOFF S. Zur Lehre von den Freilassungen in der röm. Kaiserzeit. — LXIX. '14: SEECK O. Die Reichspräfektur des vierten Jahrhunderts.

RMy. '12: ZIELINSKI J. F. Il concetto della vendetta e dell'espiaz. nella tragedia e nella vita antica (*In russo*).

RNa. CLXXXIX a. XXXV. '13¹. 16 febr.: MEDA F. Costantino e l'Ed. di Milano. — XCCIII a. XXXV. '13⁵. 1 sett.: GIOBBIO A. L'Ed. di Milano. Fu un vero Editto?

RO. VI a. III. '13² N. 35-36: PERUGI G. L. La fonte giurid. dell'Ed. di Milano. — VII a. IV. 14¹ N. 37-38 e 39: (ID.) I codici giurid. di Grottaferrata. La Legge dei Rodi (cont.).

RPh. N. S. XXXVI. '12. 1 (agg.): COLLINET P. Σχολαστικός φόρου Θεβρίδος. — XXXVII. '13. 1: PICARD CH. Les inscriptions du théâtre d'Éphèse et le culte d'Artémis Éphesia — 2: PRÉCHAC F. Quel fut le maître de philosophie de Trebatius?; *Cug E.* Le SC. de Délos de l'an 166 avant notre ère (R. LEJEUNE); *Gelzer M.* Nobilität (V. CHAPOT) — 3: WALECK T. Inscript. inédite de Delphes, Traité d'alliance entre les Éoliens et les Béotiens — 4: BUCKLER W. H. Monuments de Thyatire; ROUSSEL P. La vente du droit de cité. Note sur une inscript. d'Éphèse (*cfr.* 1). — XXXVIII. '14. 1: FABIA PH. Les prétoriens de Vitellius; CAVAINAC E. Le texte de Polybe VI, 19, 2 et la durée du service milit. à Rome — 2: MATHIEU G. Survivances des luttes polit. du 5^e siècle chez les orateurs attiques du 4^e; *Norden F.* Apuleius (P. L.).

RPhAEA. XXXV. '13. 1-2: SPIEGELBERG W. Zwei demot. Urkunden aus Gebelén (Verkauf eines Grundstückes, Verkauf eines Pferdes).

RPL. L. '12². 19 (agg.): JULIAN C. Le collège ou l'association

dans la Gaule romaine. — LI. '13¹. 21 (agg.): FAGUET E. La morale d'Homère. — '13². 5: CHAIGNE G. Panem et circenses (*vedi* nr. 2, fine).

RPP. LXXVIII a. XX. '13⁴. 2 (N. 233): REINACH TH. L'éducation athén. et l'éduc. française.

RQ. XXVI. '12. 4: KIRSCH J. P. Das Ende der Gladiatorenspiele in Rom. — XIX Supplementheft '13: WITTIG J. Das Toleranzreskript von Mailand 313; MÜLLER A. Lactantius De mortibus persecutorum, oder die Beurteil. der Christenverfolgungen im Lichte des Mailänder Toleranzreskripts von Jahre 313.

RQH. XCIV (N. S. L, a. XLVIII¹). '13². 1 e 2 (187-8 Livr.): Chronique d'hist. anc. grecque et rom. (M. BESNIER). — XCV (N. S. LI a. XLVIII²). '14¹. 1. (189): *De Bacci Venuti T. Persecuzioni* (P. ALLARD). — XCVI (N. S. LII a. XLIX¹). '14². 1. (191): *Manaresi A. L'Imp. rom.* (P. ALLARD); *Chronique u. s.* (M. BESNIER).

RSH. XXVII (N. S. I). '13². 3: *Louis P. Travail* (V. CHAPOT).

RSI. XXX (Quarta Serie V]. '13. 3: *Rosenberg A. Zenturienverf.* (C. B.); *Liebenam W. Fasti consulares* (C. BARBAGALLO) — 4: *Cezard L. Persécutions contre les Chrétiens* (C. TRAVAGLIO). — XXXI (VI). '14. 1: *Zocco-Rosa A. La tavola bronzea di Narbona* (C. B.) — 2: *Rosenberg A. Staat* (P. B.) — 3: *Louis P. Travail* (P. FERRUZZI).

RUB. XIX. '13-14. 4: *Norden F. Apuleius* (R. MARCQ).

RUC. VIII (N. S. V). 3. '14: Istituto di Storia del D. R., Inaug. del nuovo anno accad. (G. BATTIATI).

RUT. I. '09. 3: LÓPEZ PONCE M. El nuevo método para el estudio del Derecho romano — 12: Prefacio de la I ed. de las Instit. jurid. des R. por J. E. Labbé (*recte* E. Cuq) trad. por ID. — II. '10. 9: Les Instit. jurid. des R. por E. Cuq, Introd. trad. ID.

RW. I. '12. 2 e 3: KANTOROWICZ H. Was ist uns Savigny? — II. '13. 6: KRAFT J. « Minima non curat praetor » — 12: KADE C. Noch einmal « Minima non curat praetor ».

RZZP. VI. '13-14. 3: *Raape L. Verfallklausel bei Pfand* (G. BESELER)

SAM. '14. 5: WENGER L. Ueber Papyri und Gesetzesrecht und über den Plan eines Wortindex zu den griech. Novellen Justinians.

SAW. CLXXV. 1. '13: WILHELM A. Neue Beiträge zur griech. Inschriftenkunde 3 Tl.

Sc. XV a. VIII. '14¹. 3, N. 35: *Cavaignac E. Athènes, Bloch G. Républ. rom., Louis P. Travail* (G. BOURGIN).

SC. Serie Quarta XXIV a. XL. '12: DELLE SELVE La Chiesa e Costantino il Grande. Considerazioni storico-giuridiche. — Serie Quinta II a. XLI. '13: MONETA-CAGLIO L. Persecuzioni e processi contro i Cristiani; GALLI E. L'Editto di Milano del 313; NOGARA B. L'Editto di Costantino e la vita relig. e polit. del iv secolo dopo l'Impero; ORSENIGO C. La reazione di Giuliano l'Apostata all'Ed. di Costantino; BERNAREGGI A. L'Editto di Milano e la dottrina cattolica sulla libertà religiosa; ID. Costantino Imperatore e Pontefice Massimo; ID. La madre di Costantino; Battifol P. L'Édit de Milan et les origines de la liberté relig.; Santucci C. L'Ed. di Milano nei riguardi del d. (to, in « Rivista delle Riviste »).

SCU. LV. '13. 2: CANFIELD L. H. The Early Persecution of the Christians.

SEGC. V. '13. 2: ROBERTI M. Le origini dell'esecutore testamentario.

SHA. '13. 5 (agg.): GOTHEIN E. Platos Staatslehre in der Renaissance — 12: PARTSCH J. Studien zur Negotiorum Gestio I. — '14: Mitteil. aus der Freiburger Papyrussammlung... Ptolemäische Kleruchenerkunde hrsg. von M. GELZER.

Sil. 25 mai '09: CHÉNON Le Cristianisme et la société romaine.

SJ. IX. '12-13. 12-13: Semeka G. Ptolem. Prozessrecht I (H. R.); Bögli H. Ius gentium (ID.).

Sociol. R. VI. '13. 1: Zimmern A. E. The Greek Commonwealth (A. D. LINDSAY).

Spect. Juli 19. 13: CROMER (EARL OF) Rome and Municipal Government (Reid J. S. Municipalities).

SPP. XIII. '13: WESSELY C. Sklaven-Prosangelie bei der Bibliothek Enteseon; ID. Eine Urkunde aus dem 6 Konsulat des Kaisers Licinius.

SPS. XIV. 1-2: Sommer O. Dies cedens (L. HEYROWSKÝ) — 3-4: HEYROWSKÝ L. Studie k civilnimu procesu římskemu [Studi sul proc. civ. rom], V Procesné zastoupení [Rappresent. process.]; SEDLÁČEK J. Zásady práva římského hledici ke smlouvě depositní [I principi del d. r. in materia di depos.]; Bertolini C. Appunti, Processo I e II (L. HEYROWSKÝ); Peters H. Die oström. Digestenkomment. (O. SOMMER); Norden F. Apulejus (Týž.).

SRo. II. '14. 1-2: DE SANCTIS G. La riforma dell'ordinamento centuriato.

SSAC. VI (N. S. I). '13. 1-2: PAIS E. Fundi degli Ausoni, Per la storia delle città e della popol. d'Italia (*cfr. qui* pag. 330); FRACCARO P. Studi sull'età dei Gracchi; CIACERI E. A. Gabinio e C. Rabirio Postumo nei processi del 54 a. C. in Roma; *Suoboda H.* Griech. Staatsaltert. (G. NICCOLINI).

SSe. XXIX (Sec. Serie IV). '12. 5: ROSSI P. Claudio Tolomei e il latino dei giuristi. — XXX (V). '14. 1-2: VASSALLI F. E. Iuris et facti ignorantia.

SUP. II. '13: VACCARI P. Matrim. franco e matrim. romano, La donaz. nuziale in Francia nell'alto Medio Evo; ALBERTARIO E. Lo svolgin. storico dell'actio comuni dividendo in rapporto alla legittimazione processuale; ID. Contributi alla storia della ricerca delle interpolazioni.

Tem. a. LIII, N. 19151, 10 décembre '13: F. M. Des antimilitaristes au troisième siècle.

Th. LXXIV. '13. 3-4: HAMBURGER J. Les origines égypt. du dr. civil romain. — LXXV. 14. '1: NAP J. M. Het iudicium legitimum in de Romeinsche wetgeving van 86-64 v. Chr. (*cfr. qui* a. XXV pag. 316, fine).

ThLB. XXXIV. '13. 23: *Alivisatos H.* Die kirchl. Gesetzgeb. Justin. (V. SCHULZE).

ThLZ. XXXVII. '12: *Sesan V.* Kirche u. Staat (P. MEYER).

ThQ. XCVI. '14. 1: BIHLMAYER K. Das angebliche Toleranzedikt Konstantins von 312. Mit Beiträgen zur Mailänder Konstitution von 313 (cont.); *Alivisatos H. S.* Die kirchl. Gesetzgeb. Just. (SAGMÜLLER).

TPAPhA. XLIII. '12: ADAMS CH. D. Are the Political Speeches of Demosthenes to be regarded as Political Pamphlets?; PRENTICE W. K. Officials Charged with the Conduct of Public Works in Roman and Byzantine Syria.

TR. XXVI. '13: THOMLE C. S. Hoodpunkter i Løren om ugrundet Berigk. (Punti fondam. nella dottrina dell'indeb. arricchim.). — XXVII. '14. 1-2: L. Beauchet (F. DAHL).

TUR. IV. '12: THÉLOHAN J. Sur la notion du travail chez les jurisconsultes romains.

UI. XIII. '14. 6-7: *Scripta anecdota glossat*².

UPaLR. LXI May '13: REGISTER L. B. Notes on the History of Commerce and Commercial Law, I Antiquity.

VG. III. '13. 5: **LAUDIEN A.** Die griech. Papyri im Dienst der staatsbürg. Belehrung.

VLR. I Oct. '13: **TAYLOR H.** The Jurisprudence of Latin America. The Fusion of Roman and English Law in the New World.

VSW. XI. '13. 3: *Cavaignac E.* Athènes (A. BAUER). — XII. '14. 1-2: **WENGER L.** Neue Griech. Papyri (*Griech. Papyri... Giessen I.* 3); *Meyer E.* Kleine Schriften (G. VON BELOW) — 3: **LEWALD H.** Neue griech. Papyrusurkunde (*Griech. Papyr. d. Hamburger Stadtbibl. I.* 1 e 2, *Oxyrh. Pap.* X).

WKPh. XXX. '13. 30-31: *Jouguet P.* Papyrus de Théadelphie (C. WESSELY); *Semeka G.* Ptolem. Prozessrecht I (A. WIEDEMANN); *San Nicolò M.* Vereinswesen I (Id.) — 39: *Noailles P.* Nouvelles de Just. (W. KALB) — 48: *Dikaïomata* (F. ZUCKER, 1) — 49: *Zimmern A. E.* Greek Commonwealth (A. CAUER); *Dikaïomata* (F. ZUCKER, 2) — 50: *Bögli H.* Ius gentium (GRUPE); *Hyamson M.* Mosaic. et Rom. Legum Collatio (Id.) — 51: *Cug E.* Un nouveau document sur l'apokéryxis (GRUPE) — 52: *Bloch L.* Républ. rom. (A. ROSENBERG). — XXXI. '14. 2: *Biedermann E.* Verwaltungsgesch. (A. WIEDEMANN); *Griech. Papyri... Giessen I.* 3 (C. WESSELY) — 4: *Rosenberg A.* Staat (M. GELZER) — 5: *Walker E. M.* Hellen. Oxyrh. (Id.) — 8: *Abbott F. F.* Common People (W. LIEBENAM) — 9: *Oberziner G.* Patriziato (O. LEUZE) — 10: *Mitteis-Wilcken* Papyruskunde (HELBING); *Norden F.* Apuleius (W. KALB); *Vocab. jurispr. rom.* II. 2 (Id.) — 13: *Hirschfeld O.* Kleine Schriften (A. ROSENBERG) — 16: *De Sanctis G.* Ἀτθίς (F. CAUER, 1) — 17: Ἀρβανιτοποῦλλος A. Σ. Θεσσαλικά ἐπιγραφαί (W. LARFELD); *De Sanctis G.* Ἀτθίς (F. CAUER, 2) — 18: *Bleekmann F.* Griech. Inschriften zur griech. Staatenkunde (W. LARFELD); *Reid J. S.* Municipalities (M. GELZER). — 23: *Deman Magoffin R. van* The Quinquennales (Id.); *Geiger F.* De sacerdotibus Augustorum municip. (Id.) — 27: *Kübler B.* Antinoupolis (A. WIEDEMANN) — 29: *Elter A.* Ein Athen. Gesetz üb. die eleus. Aparche (W. LARFELD) — 30-31: *Ferguson W. S.* Legal Terms etc. (Id.) — 32: *Teußer J.* Frauenemanzip. (E. WOLFF) — 35: *Hermann's Lehrbuch* etc., *Swoboda H.* Griech. Staatsaltert. (E. ZIEBARTH) — 37: *Veröffentl. aus der Papyrus-Sammlung... München, I Byz. Pap.* (C. WESSELY) — 41: *Pfuhlmann R. v.* Soziale Frage² (F. CAUER).

WS. XXXV. '13. 1: BRASSLOFF S. Zur Frage der Heimat des Juristen Gaius — 2: ID. Unübertragbare Befignisse im Officium ius dicentis.

ZB. LV. '14. 2: VOELKEL Die beiden Erztafeln von Vipasca u. das deutsche Bergrecht.

ZDZ. XLIV. '13-14. 2-3: KANN Gesamtbericht üb. die Literatur des d. Zivilprozesses für das Jahr '11, Röm. Recht.

ZGH. LXXV (Vierte Folge III). 1: *San Nicolò M.* Vereinswesen (O. EGER) — 2-3: *Last A.* Fragen der Besitzlehre (H. WALSMANN).

ZGStrW. XXXIV. '12-13. 3: Literaturbericht, Röm. Recht, *Engelmann W.* Der geistige Urheber des Verbrochens (H. KNAPP) — 7: ID. *Berger A.* Strafklauseln (ID.).

ZILN. VI. '12: *Fitting H.* Alter u. Folge der Schriften röm. Jur. ² (J. WULFERT).

ZMNP. '13. August: BICILLI P. Colonus i conductor v světě novějšich izslédovanií (...e... secondo gli studi più recenti).

ZPOeRG. XL. '13-14. 1-2: *Kantorowicz H. U.* Ueb. die Entstehung der Digestenvulgata (v. WOESS); *Knip F.* Der Rechtsgelehrte Gaius (H. KRÜGER); *Calogirou G.* Arrha (S. BRASSLOFF); *Knip F.* Gai. Comm. I (ID.); *Monosohn H.* Actio de pauperie (ID.); *Krüger H.* Prät. Servitut (A. BERGER); *Samter R.* Nichtförm. Gerichtsverfahren (ID.); *Moriaud P.* Famille paternelle (ID.); *Beseler G.* Kritik der Rechtsquellen (ID.) — 3-4: BRÜCK E. F. Zur Entwicklungsgesch. der Testamentsvollstreckung im r. R.; *Mayr R. v.* Röm. RG. (v. WOESS); *Wirbel Ch.* Le cognitor (A. BERGER); *Riezler E.* Venire contra factum proprium (R. BARTSCH).

ZS. Neue Folge IV. '13. 5: Bevölkerung-Rückgang im klass. Altertum — 6: Ueber die Konkurrenz der Sklavenarbeit im röm. Altertum (Nach J. Salvioli). — V. '14. 4: Warum hat das klass. Altertum keine Repräsentativ-Verfassungen gekannt? (Nach H. Delbrück Regierung u. Volkswille).

ZSS. RA. XXXIV. '13: Joseph Unger *Nekrol.*; CONRAT (COHN) M. (†) Röm. im frühesten Mittelalter. Aus dem Nachlass hrsg. von H. U. KANTOROWICZ; ID. Ueber die Consultatio. Krit. Referat üb. eine unvollendet hinterlass. Arbeit erstattet von H. U. KANTOROWICZ; GIRARD P. F. Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privat.; *Gradenwitz O.* Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem; ID. Interpolationen im Theodosianus?; JÖRS P. Δημοσίωσις und ἐμαρτύρησις;

KRÜGER P. Beiträge zum Codex Theodosianus; RICCOBONO S. Traditio ficta (*vedi* vol. XXXIII, fine); SCHULZ F. Impensae necess. dotem ipso iure minuunt. — *Miszellen*: LENEL O. Zur Entstehung der Digesten; MAYR R. v. Vocabul. Codicis Iustiniani; SOMMER O. Dies cedens. — *Literatur*: Peters H. Die oström. Digestenkommentare u. die Entstehung der Dig. (J. MITTEIS); Kniep F. Gai Inst. Comment. secundus §§ 1-96 (M. FEHR); San Nicolò M. Aegypt. Vereinswesen I, Semeka G. Ptolem. Prozessrecht I, Krüger P. Quellen² (L. WENGER); Vassalli E. Miscell. critica di d. r. I, *Id.* Di talune clausole con riferim. al dies mortis nel legato e nella stipul., Bögli H. Ius gentium, Giorgi T. Il decemvir. legislat. e la constit. Serviana, Arangio-Ruiz V. Le formule con demonstratio e la loro orig. (P. KOSCHAKER); Strachan-Davidson J. L. Rom. Criminal Law (L. WENGER); Cuq E. Apokèryxis (H. LEWALD); Taubenschlag R. Vormund. Studien (E. F. BRUCK); Solazzi S. Acquisto del possesso per mezzo di rappres. (H. LEWALD); Dikaionmata, Collinet P. Études hist. sur le dr. de Just. I. (L. MITTEIS).

ZVB. VII. '13-14. 2: Bögli H. Ius gentium (J. KOHLER).

ZVR. XXXI. '13. 1-2: KOHLER J. Skizzen aus dem Orient (Steiner A. Fiskus I) — 3. Berger A. Teilungsklagen (Id.). — XXXII. '14. 1-2: Täubler E. Imp. rom. I (Id.).

C. BERTOLINI.

POSTILLE

AGLI STUDI SULLE FONTI DEL CODICE GIUSTINIANO

Alle citazioni di p. 178 *adde* Hb. 1.79, sch. a l. 159 D. 50. 17.

Sull' interpolazione di *Herm. Wis.* 2. 1, di cui a p. 189 nella nota, vedi di nuovo ALBERTARIO, *Nota al fr. 10 pr. D. 10. §* in questo Bull. (su questo testo, e le elaborazioni bizantine in Hb. 1. 806 v. il mio *Dolus ex delicto* ecc. in *Ann. Univ. Perugia* 1913, p. 12 estr.). L'A. dà ora all' itp. del rescritto diocleziano una portata assai minore di quella ritenuta nella *Nota sulle azioni penali*, p. 40, n. 1 dell' estr.: non si tratterebbe più di avere capovolto il rescritto dal significato negativo al positivo, ma semplicemente di aver soppressa la menzione della *condictio* e specificata la misura dell' *id quod per- venit* (l. cit. p. 7 estr.). Entro questi limiti l'attività di elaboratori privati può anche parere ammissibile: per quanto io proprio non creda necessario ammettere qui l' interpolazione. Quanto al mio rilievo circa le rubriche, se dalla diversità tra quella del C. Erm. e quella del C. Giust. qualche cosa si può argomentare, è a favore del mio punto di vista, non contro. Quanto alla costituzione, è vero che non dice espressamente quale sia l'azione (*condictio*?) esperibile contro l'erede, ma la netta antitesi tra il primo comma (*licet... non possint poenali actione conveniri*) e il secondo (*tamen... eos quoque... teneri*) sembra proprio dire che questa seconda azione ha natura diversa dalla prima: la costituzione non è quindi in disaccordo colla rubrica genuina, ma in perfetta armonia.

A p. 193. V. anche ISIDORI, *Orig.* 5. 1, ove si ricorda che Teodosio II raccolse *ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicum* le *leges novae* da Costantino in poi, che giacevano fino allora disordinate. Isidoro peraltro attinge queste notizie verosimilmente alle citate costituzioni del Teodosiano.

A p. 211 n. 1 le citazioni, non spaziate debitamente, riuscirono poco chiare. Si legga: 1. 19. 1[^] 7. 13. 1[^]; 1. 18. 5[^] 2. 3. 10; 1. 18. 3[^] 3. 44. 8. Col segno [^] si indicano al solito le *constitutiones jungendae* secondo il KRÜGER.

G. ROTONDI.

INDICE DEL VOLUME XXVI

BIONDO BIONDI — Di nuovo sulla dottrina romana dell'actio arbitraria (A proposito di una recente ipotesi)	Pag. 5
VASSALLI E. FILIPPO — Falcidia stipulatio	52
ALBERTARIO EMILIO — Nota sulle azioni penali e sulla loro transmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede .	90
COSTA EMILIO — Il momento giuridico nel conflitto fra Cesare ed il Senato.	139
ARANGIO-RUIZ VINCENZO — Ancora « de eo quod certo loco dari oportet »	147
BIONDO BIONDI — Ancora in tema di actio arbitraria (Critiche ed idee del prof. Arangio-Ruiz	153
CASTELLI GUGLIELMO — Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano	164
ROTONDI GIOVANNI — Studi sulle fonti del Codice giustiniano .	175
ALBERTARIO EMILIO — La responsabilità del « bonae fidei possessor » fino al limite del suo arricchimento nella restituzione dei frutti	247
ALBERTARIO EMILIO — Nota al fr. 10 pr. D. comm. div. 10. 3 (Contributo allo studio della responsabilità nella misura dell'arricchimento)	281

Recensioni :

ROSENBERG (A.) — Der Staat der alten Italiker (rec. P. DE
FRANCISCI) Pag. 133

Chartularium Studii Bononiensis. — Documenti per la storia
dell' Università di Bologna 286

CARUSI EVARISTO — Sui rapporti tra il diritto romano e il di-
ritto mussulmano (rec. P. BONFANTE) 287

Bibliografia — C. BERTOLINI 289

Postille agli studi sulle fonti del Codice giustiniano (G. Ro-
TONDI) 359

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XXVII - Fasc. I-II

L'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO ha sede presso la FACOLTÀ GIURIDICA DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA.

Dovranno essere inviate a quest'indirizzo tutte le comunicazioni concernenti l'amministrazione del *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, le opere, le pubblicazioni e le riviste.

Gli articoli da inserire nel *Bullettino* e le note scientifiche dovranno essere dirette al segretario perpetuo prof. VITTORIO SCIALOJA: Piazza Grazioli, 5, Roma.

Si raccomanda vivamente agli scrittori ed editori di opere di Diritto Romano di inviare le loro pubblicazioni al nostro Istituto, che ne darà annunzio nel *Bullettino* e delle più notevoli farà una recensione.

ROMA

ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

presso la Facoltà Giuridica
della R. Università

1915

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

ANNO XXVII - FASC. I-II

SOMMARIO

DE FRANCISCI P. — Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette (<i>Continuazione</i>)	Pag. 5
CASTELLI G. — Il concubinato e la legislazione augustea	55
COSTA E. — La condizione giuridica dei torrenti nell'età romana	72
ALBERTARIO E. — «Syndicus»	87

Recensioni :

SENN — Études sur le droit des obligations (rec. BIONDO BIONDI)	93
---	----

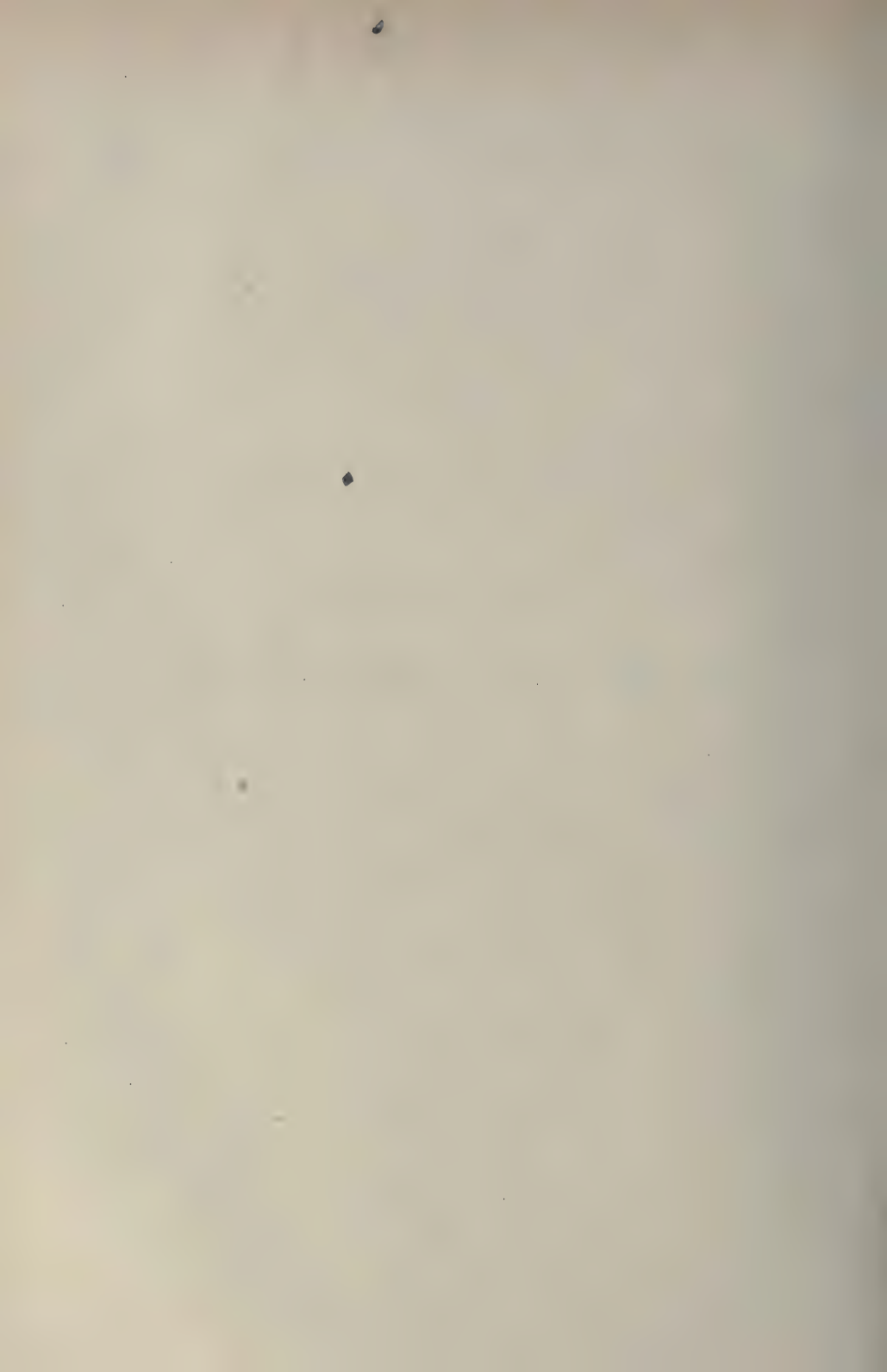
Per quanto concerne la **DIREZIONE** del *Bullettino* rivolgersi al Segretario perpetuo **Vittorio Scialoja**, professore nella R. Università di Roma: Piazza Grazioli, 5, Roma.

 Per quanto concerne l'**AMMINISTRAZIONE**, le quote dei soci e gli abbonamenti rivolgersi all'*Amministrazione dell'Istituto di Diritto Romano*, PRESSO LA FACOLTÀ GIURIDICA DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA.

Abbonamento annuo **Lire 15**. Per le annate arretrate e collezioni complete prezzi e condizioni di pagamento da convenirsi.

Gli editori e gli autori, che desiderano annunci o cenni bibliografici delle opere pubblicate, sono pregati a volerle inviare all'Istituto (*presso la FACOLTÀ GIURIDICA DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA*).

BULLETTINO
DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO



BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XXVII

ROMA
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
presso la Facoltà Giuridica
della R. Università

—
1914

NUOVI STUDI
INTORNO
ALLA LEGISLAZIONE GIUSTINIANEA
DURANTE LA COMPILAZIONE DELLE PANDETTE

(Continuazione, vedi volume XXIII, pag. 186).

Ancora nell'anno 531, e rispettivamente sotto le date *XV K. Nov.*, *K. Nov.*, *V K. Dec.*, noi incontriamo tre gruppi molto notevoli di costituzioni, dei quali indubbiamente più ricchi sono i due primi.

Sotto la data *XV K. Nov.*, seguendo il Krüger, noi troviamo le costituzioni seguenti:

1, 4, 31? - 7, 40, 2? - 3, 33, 17 - 3, 34, 13 - 7, 31, 1 - 4, 1,
13 - 4, 11, 1 - 4, 51, 7? - 4, 54, 9 - 6, 23, 30 - 6, 49, 7? - 6,
58, 12 - 7, 40, 3 - 8, 40, 28 (vel 29) - 8, 53, 56 1).

Peraltro non tutte queste costituzioni vengono in considerazione agli scopi della nostra indagine, ch'è specialmente diretta a trovare il punto di riattacco delle costituzioni colle opere classiche spogliate dai commissarii e a stabilire quale sia stato il punto di vista dal quale l'imperatore si collocò per decidere le controversie o introdurre nuovi principii.

Possiamo quindi escludere, anche questa volta, dal nostro studio alcune costituzioni e precisamente quelle che seguono:

C. 6, 58, 12, *De legitimis heredibus*. Il principio stesso ci rivela l'occasione della costituzione:

¹⁾ Di queste costituzioni secondo il DI MARZO, *Le quinquaginta decisiones at Giustiniano*, 1900, sarebbero *decisiones*: 3, 37, 17 - 4, 1, 13 - 4, 54, 9 - 6, 23, 30. Sul lavoro e sulle conclusioni del DI MARZO, vedi sempre lo scritto del KRÜGER, in *Aus Römischem u. Bürgerlichem Recht (Fest. f. Bekker)* 1907, p. 1 ss.

Si maior quinquagenaria partum ediderit, si debet huiusmodi suboles suo patri sua constitui et hereditatem eius nancisci, a Caesariana advocazione interrogati sumus.

È la soluzione di un quesito presentato all'imperatore dalla *Caesariana advocatio*: si riconnette quindi colla pratica, non colla compilazione.

C. 8, 53, 36, *De donationibus*. Nella costituzione si dichiarano diversi casi nei quali le donazioni possono andare esenti dalla prescritta formalità dell'insinuazione, pur mantenendo il loro valore. Ora l'istituto dell'insinuazione, sebbene appaia già in uso al tempo di Alessandro Severo ¹⁾ e già noto al giurista dalla cui raccolta di *Responsa* è tratto il Frammento Vaticano 268 ²⁾, e sebbene non sia, in fondo, che l'applicazione alle donazioni di una formalità adoperata per molti altri atti ³⁾, fu probabilmente imposto come obbligatorio solo da Costanzo Cloro ⁴⁾, le cui disposizioni furono poi confermate e ampliate da Costantino ⁵⁾ e successori ⁶⁾. Si tratta quindi in ogni caso di un istituto post-classico, ond'è che per ragione di materia la costituzione non può riattaccarsi alla compilazione delle Pandette. Ancora devesi notare che al periodo romano-ellenico ci richiamano talune delle disposizioni contenute nella stessa c. 36 C. 8, 53. Vi si parla, per esempio, nel principio, dell'irrevocabilità, malgrado l'assenza dell'insinuazione, delle donazioni fatte *pro redemptione captivorum*. Ora la *redemptio captivorum*, sebbene appaia già raccomandata da Cicerone ⁷⁾, è opera di pietà che prese grande impulso solamente per influenza del Cristianesimo ⁸⁾, e soprattutto nei secoli iv e v, nei quali le guerre e le invasioni barbariche rendevano ingente il numero dei prigionieri ⁹⁾.

¹⁾ *Fr. Vat.* 266 a, a. 229.

²⁾ Per l'HUSCHKE, *Iur. antetust. ad h. l.* forse Ulpiano.

³⁾ KARLOWA, *R. R. G.* I, 1002; STOUFF, *Nouv. Rev. Hist.* 1887, p. 254.

⁴⁾ C. Th. 3, 5, 1: *Constantinus*: Pater noster nullam voluit liberalitatem valere si actis inserta non esset.

⁵⁾ C. Th. 8, 12, 1 = C. Iust. 8, 53, 25 = *Fr. Vat.* 249 (a. 316): C. Th. 8, 12, 3 (a. 316?): C. Th. 8, 12, 5 = C. Iust. 3, 53, 27 (a. 333).

⁶⁾ Onor. e Teod. a. 415. C. Th. 8, 12, 8: cfr. a. *Ed. Theodor.* 52. Vedi ancora PERNICE (H.), *Z. Lehre v. d. Insinuation der Schenkungen*, 1882, pp. 9-10.

⁷⁾ *De off.* II, 16. 18.

⁸⁾ CLEM. ALEX. *Strom.* II, 18; CYPRIAN. *Ep.* 60.

⁹⁾ AMBROS. *Ep.* 18: *De off.* II, 15. Vedi anche, per es., le numerose iscrizioni sepolcrali cristiane dei secoli iv e v, in cui si accenna alla *redemptio captiv.* pra-

Oltre le donazioni fatte *pro redemptione captivorum* vengono dichiarate valide, anche se non insinuate, (§ 1) le *donationes rerum mobilium vel sese moventium* fatte dai generali (la costituzione usa qui il termine *magistri militum*, che ci porta in piena epoca bizantina)¹⁾ ai soldati, e quelle (§ 2) che hanno per iscopo la ricostruzione delle case distrutte da incendi o altre rovine. Il tasso delle *donationes* soggette a insinuazione è portato poi da 300 solidi a 500 (§ 3). Gli istituti stessi e le preoccupazioni politiche e sociali che ispirano la costituzione ci dimostrano quindi chiaramente che essa non ha nessuna relazione collo spoglio delle opere classiche.

Ancora sotto la data *XV K. Nov.* noi troviamo la c. 28 C. 8, 40, *De fideiussoribus*. È una delle costituzioni, e forse la principale, mediante le quali Giustiniano ha sconvolto tutto il regime classico delle obbligazioni solidali²⁾: nel § 2 Giustiniano abolisce l'efficacia estintiva della *litis contestatio* per le obbligazioni correali passive: almeno così io ritengo. Ma lo spunto per questa riforma gravissima gli è stato offerto, com'egli dichiara nel § 1, dall'uso invalso, nel caso di più fideiussori, di garantirsi *ex pacto*, aggiungendo una clausola, in forza della quale l'azione contro un fideiussore sarebbe stata conservata, anche, qualora, senza successo, fosse stata promossa l'azione contro il debitore principale o contro un altro fideiussore. Giustiniano prende di qui le mosse per l'abolizione dell'efficacia estintiva della *litis contestatio*. Non pare che la costituzione, sul cui contenuto e la cui portata sarebbe qui fuor di luogo insistere, possa riattaccarsi a incertezze sorte nei commissarii durante il loro lavoro. Giustiniano va perse-

ticata dal defunto in LE BLANT, *Inscr. chrétiennes de la Gaule*, II, pp. 284-299. Sugli effetti delle incursioni dei Sciti e dei Goti nell'Illirico v. ancora AMBROS. *De off.* II, 15; sul gran numero di *redempti* cfr. C. Th. 5, 7, 2; C. Iust. 8, 50, 20. Spesso i testatori lasciavano le loro sostanze per questo scopo (C. Iust. 1, 3, 49), e le chiese e i monasteri vi destinavano una parte delle loro rendite, e talvolta anche il loro patrimonio, e persino i vasi sacri (AMBROS. *De off.* II, 15, 78). Ricordo come il concilio di Macon (a. 585) avesse deciso, che vi si dedicassero anche le decime (LABBE, *Concil.* V, p. 981). Sulle modificazioni portate da Giustiniano nella materia dei *redempti* cfr. PAMPALONI, *B. I. D. R.* XVII, 1905, p. 123 ss.

¹⁾ La carica di *magister militum*, com'è noto, fu introdotta da Costantino: v. ZOSIM. 2, 23; AMM. MARCELL. 15, 2; 21, 13.

²⁾ Sulla materia delle obbligazioni solidali, io non conosco trattazione recente che per acume e chiarezza possa superare quella del BONFANTE, *Le obbligazioni*, lezioni 1911-1912, Pavia, Morelli, p. 39 ss. Sulla nostra costituz. cfr. le p. 107 ss.

guendo un largo disegno di riforma di questa materia: e questa volta l'ispirazione gli è venuta dalla pratica: dice infatti:

Invenimus enim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum...

e ancora nel § 3:

Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus...

Nessun indizio pertanto che la costituzione sia stata ispirata dagli scritti dei classici, anzi dichiarazioni esplicite, che il punto di partenza è stato offerto dall'uso quotidiano della pratica. Inoltre non è improbabile che anche la data della nostra costituzione, come pare ritenga anche il Krüger, debba essere rettificata. Infatti il destinatario della costituzione è *Iohannes* per la Summa Perusina e l'Aloandro, ma il Pistoriensis, il Casinas e il Berolinensis 273 hanno invece *Iulianus*; per cui non è improbabile che la nostra c. 28 sia dello stesso giorno della c. 27 (V K. Mart. 531), e che la *subscriptio* dell'Aloandro sia da attribuire invece alla c. 29. Di questa a noi non è pervenuto che un sunto attraverso i Bas. 26, 1, 93: e il sunto è tanto scarso che nulla può dirsi intorno ad un probabile riattacco della costituzione colle opere escerpitate dai compilatori. Ma, data la materia e la natura della disposizione, è molto verosimile che anche la c. 29 C. 8, 40 non sia *ad commodum propositi operis pertinens*.

Un rapporto più o meno intimo col lavoro di compilazione hanno invece le altre costituzioni di questo gruppo, XV K. Nov., al cui studio sono dedicate le pagine che seguono.

*
* *

Collo spoglio della massa Sabiniana, anzi precisamente dei *libri ad Sabinum*, mi pare si debba collegare la c. 30 C. 6, 23, *de testamentis*, la ben nota costituzione relativa al *linum incisum*.

Nostram provisionem, maxime circa ultima elogia defunctorum ¹⁾ nunc etiam extendi properamus. Unde cum invenimus

¹⁾ Evidentemente Giustiniano allude con queste parole alle diverse riforme e innovazioni relative ai testamenti.

quasdam controversias veteribus iuris interpretibus exortas propter testamentum quod legitimo modo conditum est septemque testium signa habens postea *fortuito casu vel per ipsius testatoris operam lino toto vel plurima eius parte incisa* in ambiguitatem inciderit, solitum ei praebemus remedium, sancientes, si quidem testator linum vel signacula inciderit vel abstulerit utpote voluntate eius mutata, testamentum non valere: sin autem ex alia quacumque causa hoc contigerit, durante testamento scriptos ad hereditatem vocari, maxime cum nostra constitutio, quam super tuitione testamentorum promulgavimus (c. 29 C. 6, 23) testatorem disposuit vel sua manu nomen heredis scribere vel si imperitia litterarum vel adversa valetudine seu alio modo hoc facere non potest, testes ipsos audito nomine heredis sub praesentia ipsius testatoris nomen heredis suis subscriptionibus declarare.

Perchè ci si possa formare un esatto concetto del punto di vista dal quale si colloca Giustiniano nella sua riforma ¹⁾, conviene ricordare la diversità di principii esistenti in questa materia fra il diritto civile e il diritto onorario ²⁾.

Per il diritto civile il testamento conservava la sua validità malgrado l'incisione del *linum*: leggesi infatti in Gaio, II, 151:

Apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum quod postea testator id noluit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit nihilominus iure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti, nihilominus [non] desinent valere quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit (cfr. invece Inst. II, 17 § 7).

Il principio di diritto civile è che un testamento non può essere revocato, annullato se non mediante un nuovo testamento ³⁾.

¹⁾ Io prego il lettore di aver presente che questo è altro degli scopi di queste mie ricerche, oltre quello di ricostruire il metodo tenuto dai compilatori.

²⁾ Su questa materia v. soprattutto KRÜGER, *Krit. Versuche*, p. 1 ss.: il suo studio si riattacca alla, allor nuova, lettura del § 121 Gai. II fatta dallo Studemund.

³⁾ Il principio si deve ricollegare coll'altro della preminenza nella successione romana dell'*heres scriptus*: v. BONFANTE, *Istit.*, p. 575: diversamente PEROZZI, *Istit.* II, pp. 459-460. Oltre lo scritto già citato del KRÜGER, v. a. in questione SINTENIS, *Civilrecht* § 179, 36. Contro il tentativo dello SCHIRMER, *Z. S. S.*, VII, 1886, pp. 1-15; VIII, 1887, pp. 99-108, il quale vorrebbe mantenere in Gaio la lettura *ntsi*

Per il diritto onorario invece si considera come una revoca del testamento il caso in cui questo sia stato distrutto dal testatore, o in cui questi ne abbia distrutti i sigilli o cancellata l'istituzione di erede, anche se non è stato fatto un nuovo testamento. Il testamento così mutato e manomesso è sempre valido *iure civili*, non già *iure praetorio*¹⁾; il pretore concede quindi non già la *bonorum possessio secundum tabulas*, bensì la *B. P. ab intestato*²⁾, perchè gli eredi istituiti *non habent voluntatem*, non esiste cioè più a loro favore la volontà del defunto. Questa *bonorum possessio* era peraltro nelle origini certamente *sine re*, e doveva quindi la *bon. poss. ab intestato* cedere davanti ad una eventuale *hereditatis petitio* dell'erede testamentario; ma più tardi, e già prima di Gaio, questa *bon. possessio* divenne *cum re* e protetta da un' *exceptio doli* opponibile contro la *petitio* dell'erede testamentario: D. 38, 6, 1, § 8, Ulp. 44 (46, Weyhe) ad Ed.: Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae vel quia cancellatae vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere, dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt. D. 44, 4, 4, § 10, Ulp. 76 ad Ed.: Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere: et ideo heres qui non habet voluntatem, per exceptionem doli mali repellitur³⁾.

Tuttociò, molto probabilmente, era detto anche da Gaio nel § 151-a, dove, come vorrebbe il Girard⁴⁾, si parlava molto probabilmente anche dei rimedi adottati dal diritto imperiale, perchè in mancanza di eredi testamentarii l'eredità fosse devoluta al fisco.

deleverit, riconoscendo al *tabulas delere* e al *linum incidere* l'effetto di una revoca civile v. KRÜGER, Z. S. S. VII, 1886, pp. 91-94; VIII, 1887, p. 109. Su tuttociò v. oggi la lunga nota di ELEMÉR BALOG, in *Ét. d'hist. jurid. off. à P. F. Girard*, II, p. 427, n. a.

¹⁾ V. su tuttociò BONFANTE, *Ist.*⁵, p. 576; PEROZZI, *Ist.* II, 463 ss.; GIRARD, *Man.*⁵, pp. 836-838.

²⁾ Appunto a questa materia si riferisce Paolo, Coll. 16, 3, 1:

Intestati dicuntur... qui linum ut intestati decederent abruperunt.

³⁾ Su questi due frammenti v. KRÜGER, l. c., p. 2 ss.; il quale ha per il primo sceverato i principi del diritto civile da quelli del diritto onorario, e ha dimostrato l'infondatezza dell'interpretazione del MÜHLENBRUCH in GLÜCK, 38, p. 324 e del SAVIGNY, *System*, 3, 379.

⁴⁾ *Manuel*⁵, p. 837, n. 4; p. 838, n. 1; v. a. PEROZZI, *Ist.* II, p. 463, n. 3.

È chiaro quindi che nelle opere classiche dovevano trovarsi nettamente distinti i diversi principii dell'eredità civile e quelli della *bonorum possessio* pretoria. Giustiniano, come ancor recentemente e molto perspicuamente ha messo in luce il Biondi¹⁾, ha voluto eliminare ogni differenza tanto concettuale che strutturale fra l'*hereditas* e la *bon. possessio*: e in conseguenza doveva, anche nel nostro tema della revoca del testamento, introdurre un principio unico che potesse valere per i due istituti, costituenti due semplici varietà della *successio in universum ius*. Ond'è che in realtà le pretese controversie esistenti fra i *veteres*, secondo quanto afferma l'imperatore, e delle quali non si trova traccia nelle Pandette, dovevano invece consistere nelle differenze fra il sistema civile e il sistema pretorio²⁾. È vana quindi, a mio vedere, la speranza di ritrovare nelle fonti la più piccola traccia di una controversia in materia; ciò cui mirava Giustiniano era l'eliminazione della dualità di principii, che ad ogni passo dovevasi in questa materia incontrare nelle fonti; e l'imperatore anche qui, come in altri casi riguardanti appunto divergenze di principii fra l'*hereditas* e la *bon. possessio*, ha dato la prevalenza ai principii del diritto onorario.

Perchè il pretore possa concedere la *bonorum possessio sec. tabulas* è necessario, com'è noto, che esistano le *tabulae signatae*: ora le tavole *non videntur signatae* se il testatore ha volontariamente inciso il *linum*, turbati i suggelli, ecc.: se invece il fatto è avvenuto contro la volontà o senza la volontà del testatore, le *tabulae* continuano a considerarsi come capaci di costituire il titolo per una *bon. poss. secundum tabulas*. Tuttociò appare da numerosi frammenti: p. es. D. 37, 11, 1 § 10, 11, Ulp. 39 ad Ed. (Pal. Ulp. 1097).

§ 10. Si *linum*, quo *ligatae sunt tabulae*, incisum sit, si quidem alius contra voluntatem testatoris incidere, *bonorum possessio* peti potest: quod si ipse testator id fecerit, non videntur signatae et ideo *bonorum possessio* peti non potest. § 11. Si *rosae sint a muribus tabulae vel linum aliter ruptum vel vetustate putrefactum vel situ vel casu*, et sic videntur *tabulae signatae*, maxime si

¹⁾ La legittimazione processuale nelle azioni disicorie romane, Perugia, 1913, p. 28-41.

²⁾ Vedi su questo punto anche KRÜGER, *Krit. Vers.* p. 33, n. 2.

proponas vel unum linum tenere. si ter forte vel quater linum esset circumductum, dicendum est signatas tabulas eius extare, quamvis vel incisa vel rosa sit pars uni¹⁾.

Le *tabulae* quindi per il pretore *non extant signatae* una volta che il testatore volontariamente ne abbia inciso il *linum*: e in tal caso si fa luogo non già alla *bon. possessio sec. tabulas*, ma ad una *bon. possessio ab intestato* protetta con un'*exceptio doli* contro l'erede civile che intenti in base alle *tabulae* una *petitio hereditatis*.

Anche altri testi relativi a questi ed altrettali problemi possono venire qui in considerazione, sia perchè venga meglio chiarita la posizione del diritto classico, sia perchè vediamo come i frammenti conservati da Giustiniano siano appunto quelli relativi alla *bon. possessio*, dai cui principii egli ha tratto la sua soluzione.

Quantunque si riferisca piuttosto alla cancellatura che all'incisione del *linum*, possiamo ricordare qui la l. 1 § 3 D. 28, 4, Ulp. XV ad Sab. (Paling. 2531 cfr. Pomp. 5 ad Sab.; Paul. 3 ad Sab.).

Sed consulto quidem deleta petentes exceptione repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi possunt sive non possunt, quoniam si totum testamentum non extet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt: et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore non denegabuntur²⁾.

¹⁾ Cfr. D. 28, 1, 22 § 3, Ulp. 39 ad Ed. Si signa turbata sint ab ipso testatore, non videtur signatum: v. a. D. 37, 11, 7, Iul. 23 Dig.: e sulle *tabulae signatae* cfr. a. Cic. In Verr. Act. II, 1, 45 § 117: sulla l. 1 §§ 10, 11 citata nel testo v. a. KRÜGER, *Krit. Vers.*, p. 11.

²⁾ I paragrafi precedenti, come osserva anche il KRÜGER, *Krit. Vers.*, p. 4 ss., si riferiscono alle alterazioni e modificazioni fatte subire dal testatore al testamento prima che esso sia compiuto: il § 3 dovrebbe quindi riferirsi pure a questa ipotesi. Ma allora il § 3 sarebbe in contraddizione col principio: infatti ciò che il testatore cancella prima di aver completato il documento vale come non scritto e quindi nè può fondare un'azione nè contro questa può concedersi un'eccezione. Quindi il § 3 deve invece riferirsi alle cancellature eseguite dopo la perfezione del testamento, ma allora dopo il § 2 si aspetterebbe un *postea*. Probabile pertanto (KRÜGER) è una soppressione fra il § 2 e il § 3, come del resto appare dal § 4 che male si connette con quanto precede. Sulla prima parte del § 3 v. ancora KRÜGER, *l. c.*, il quale vorrebbe leggere *quin etiam* al posto di *quoniam*. In ogni modo si può con sicurezza affermare che il frammento è stato tutto rimaneggiato: e ciò, come vedremo, è per noi indizio utilissimo per il riattacco della

Il testo ci mostra chiaramente come Ulpiano avesse qui presente appunto il conflitto fra il *ius civile* e il *ius honorarium*; il caso della cancellatura è posto sullo stesso piano di quello del *linum incisum*. Contro l'azione dell'erede testamentario, azione che nasce *ipso iure*, il pretore accorda l'*exceptio doli* (a questa appunto allude Ulpiano coll'espressione *exceptio*) a favore della *bonorum possessio*, quando la cancellatura o l'incisione siano state volontariamente eseguite (consulto...; ... et si quidem illud concidit testator...) dal testatore. La *denegatio actionum* poi è l'altro provvedimento pretorio, parallelo alla concessione dell'*exceptio*, per il caso in cui l'erede testamentario voglia, in base al testamento, intentare azioni particolari contro i terzi¹⁾.

Questi ultimi principii pretorii appaiono ancora da frammenti, come la l. 2 D. 28, 4, Ulp. IV Disp. (Paling. 81).

Cancellaverat quis testamentum vel induxerat et si propter unum heredem facere dixerat: id postea testamentum signatum est. quaerebatur de viribus testamenti deque portione eius, propter quem se cancellasse dixerat. dicebam, si quidem unius ex heredibus nomen induxerit, sine dubio ceteram partem testamenti valere et ipsi soli denegari actiones: sed legata ab eo nominatim relicta debebuntur, si voluntas ea fuit testantis, ut tantum heredis institutio improbetur. sed si instituti nomen induxit et substituti reliquit, institutus emolumentum hereditatis non habebit. sed si omnia nomina induxerit ut proponitur, adscripserit autem idcirco se id fecisse, quia unum heredem offensum habuit, multum interesse arbitror, utrum illum tantum fraudare voluit hereditate an vero causa illius totum testamentum infirmare, ut licet unus inductionis causam praeberit, verum omnibus offerit. et si quidem soli ei ademptam voluit portionem, ceteris nihil nocebit inductio, non magis quam si volens unum heredem inducere invitus et alius induxerit. quod si putavit totum testamentum delendum ob unius malum meritum, omnibus denegantur actiones: sed an legatariis denegari actio debeat, quaestio est. in ambiguo tamen interpre-

nostra costituzione. Il testo poi è certamente il giustiniano come appare dai Basilici conservati nella Synopsis. ZACHARIAE, *I. G. R.*, V, 224, v. a. KRÜGER, *l. c.*, p. 5, n. 1.

¹⁾ KRÜGER, *l. c.*, p. 5, n. 2.

tandum erit et legata deberi et coheredum institutionem non esse infirmandam ¹⁾).

Anche in questo caso in cui il testatore abbia aperto il suo testamento e fatte delle cancellature, e questo, secondo le sue stesse dichiarazioni, *propter unum heredem*, e poi il testamento venga di nuovo chiuso davanti a testimonii (cfr. l. 21 § 1; l. 23 D. 28, 1) si deve concludere, come nel testo, che la cancellazione non ha effetto *iure civili*, ma il pretore impedisce tuttavia all'erede di far valere i suoi diritti contro i terzi mediante la *denegatio* delle azioni.

Questi principii ricevono una conferma validissima da un passo di Marcello 29 Dig. ²⁾ l. 3 pr. D. 28, 4 ³⁾):

Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. Plerique etiam legatarios excludendos existimabant; quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: (at si non omnes cancellasset) nonnullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? non et illud interdum credi potest, eum qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius.

La soluzione rispetto ai legati ⁴⁾ che vien data da Marcello concorda con quella attribuita ad Ulpiano nella l. 2 ⁵⁾; ma pacifico è in

¹⁾ Su questo frammento oltre il KRÜGER, l. c., p. 6, v. oggi BESELER, *Beiträge*, I, pp. 94-95, il quale ritiene interpolato tutto ciò che si ricollega coll'affermazione della validità conservata ai legati.

²⁾ Questo, il testo precedente e anche altri frammenti, che or ora esamineremo, riguardano le cancellature anziché propriamente il *unum incisum*: ma l'affinità delle ipotesi è evidente (cfr. a. la già citata l. 1 § 3 D. 28, 4 di Ulpiano), ed è naturale che la soluzione adottata per la cancellazione dovesse *a fortiori* applicarsi al caso del *unum incisum*.

³⁾ Anche su questo frammento v. KRÜGER, l. c., p. 8.

⁴⁾ Era questo il solo punto in questione.

⁵⁾ Il Beseler dovrebbe quindi conseguentemente ritenere qui interpolata la seconda parte del paragrafo: io non posso entrare nella discussione di questo problema: certo anche la *benignior interpretatio* della l. 3 pr. parmi sospetta. Ma il punto non ha per noi interesse diretto.

ogni modo, che il testamento è civilmente valido, ragione per cui i *bona* possono venir rivendicati dal fisco come *caduca* e per cui non può aprirsi la *bonorum possessio ab intestato*, la quale avrebbe escluso l'applicazione della *lex Iulia*¹⁾. Tuttavia è anche certo che un piccolo dubbio favorevole all'apertura della *bonorum possessio ab intestato* più che tutto contro i legatarii²⁾ era venuto anche a Marcello, e appare attraverso le parole (se sono genuine) « nonne et illud interdum credi potest cum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret ».

Ma il principio più rigido e favorevole al passaggio dei *bona* al fisco pare fosse quello accolto anche da Papiniano, come mostrano la l. 12 D. 34. 9, Pap. XVI quaest.

Cum quidam scripsisset heredes quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret neque superius testamentum ruptum esset, tamen ut indignis heredibus, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem senatus hereditatem. Quod divus Marcus in eius persona iudicavit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat; causam enim ad praefectos aerarii misit, verum ab eo legata relicta manserunt. De praeceptionibus eidem datis voluntatis erit quaestio; et legatum ei non denegabitur, [nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat, ECK-KRÜGER].

e l. 16 § 2 D. 34. 9, Pap. VIII Resp.

Cum heredis nomen mutata voluntate pater familias incisis tabulis induxisset atque ideo fisco portionis emolumentum adiudicatum fuisset, eam rem legatariis non obesse, qui retinuerant voluntatem, divo Marco placuit, et ideo cum suo onere fiscum succedere.

Che con questi principii non concordi, come vorrebbe il Krüger, l'opinione espressa da Paolo nella sua nota a Papiniano contenuta nella l. 4 D. 28, 4, Papin. VI Resp. io non riesco a vedere; scrive infatti Papiniano:

Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solemniter complevit. Si quasdam

¹⁾ V. KRÜGER, l. c., p. 9.

²⁾ V. a. KRÜGER, l. c., p. 11.

tabulas in publico depositas abstulit atque delevit, quae iure gesta sunt, praesertim cum ex ceteris tabulis quas non abstulit res gesta declaretur, non constituentur irrita. PAULUS *notat*: sed si ut intestatus moreretur, incidit tabulas [et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant, LENEL-GRADENWITZ-KRÜGER] scriptis avocabitur hereditas.

A me pare anzitutto che il fatto delle *plures tabulae eodem exemplo scriptae* costituisca una specie affatto diversa dai casi visti precedentemente. Inoltre, come ben vide il Lenel¹⁾, Papiniano e Paolo hanno presenti qui le regole della *bonorum possessio*, e pertanto nella nota di Paolo noi dovremmo trovare espresso il solito principio, che nel caso, in cui l'incisione sia avvenuta per volontà del testatore, non si potrà concedere la *bonorum possessio secundum tabulas*, e si potrà invece far luogo alla *bonorum possessio ab intestato*. Invece il frammento parla di *scriptis avocare hereditatem*. Io ritengo queste parole compilatorie: un classico pensando alla *bonorum possessio* non poteva parlare di *avocare hereditatem*; egli avrebbe scritto: « *bonorum possessio secundum tabulas non dabitur* »: quindi io ritengo interpolata anche l'ultima frase. Ma, in ogni modo, mi pare che il testo non faccia che applicare i principii già visti del *ius honorarium*²⁾.

Ma le regole del *ius civile* appaiono ancora in un testo di Scevola, XIII Dig. D. 28, 3, 20:

Lucius Titius integra mente et valetudine testamentum fecit uti oportet, postea cum in valetudinem adversam incidisset, mente captus tabulas easdem incidit: quaero, an heredes his tabulis in-

¹⁾ *Pal. Pap.* 533. Cfr. a. ELEMÉR BALOG, *l. c.*, il quale peraltro non mi pare si sia reso un conto esatto della posizione presa da Giustiniano.

²⁾ A questi problemi in materia di *bonorum possessio* si riferisce anche la l. 11 § 2 D. 37, 11, *Pap. XIII Quaest.*

Testamento facto Titius adrogandum se praeiit ac postea sui iuris effectus vita decessit. scriptus heres si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se in adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat plane, si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti redisse intellegetur, *non secus ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret*, ecc. Nel seguito appare poi chiaramente la posizione del problema.

stituti adire possint hereditatem. respondit secundum ea quae proponerentur non ideo minus adiri posse¹⁾.

Indirettamente poi noi possiamo trovare la conferma di questi principii nei testi in cui si dichiara che essi non si applicano al *miles*, il quale *nuda voluntate* può dare e *adimere hereditatem*: v. p. es. D. 29, 1, 15 § 1, Ulp. 45 ad Ed.

Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest. Denique si cancellaverit testamentum suum vel inciderit, nullius erit momenti...

D. 29, 1, 20 § 1, Iul. 27 Dig.

Cum aliquis facto testamento militare coeperit, id quoque testamentum, quod antequam militare coeperit fecerat, aliquo casu intelligitur militiae tempore factum, veluti si tabulas inciderit et legerit testamentum ac rursus suo signo signaverit, amplius si et aliquid interleverit perduxerit adiecerit emendaverit: quod si nihil bonorum (*lacuna*) inciderit, testamentum eius ad privilegia militum non pertinebit.

Ciò che dappertutto può rilevarsi è la già affermata differenza fra il *ius civile* e il *ius honorarium*: ma in nessun luogo ci appare una qualunque controversia fra i giuristi classici. Quindi noi possiamo anche ritenere che lo scopo della costituzione di Giustiniano sia stato, come dicemmo, solamente quello di eliminare la differenza fra i due sistemi, allo scopo di fonderli sempre più, riducendoli ad unità secondo il disegno ch'egli poi condusse a termine colle Novelle 118 e 127.

D'altra parte è anche certo che la differenza ch'egli elimina è stata trovata in un punto in cui si trattava il caso particolare e tipico del *linum incisum*: ora l'apparato, per così dire, dei testi in cui, più o meno direttamente, è studiata la questione è costituita dai seguenti frammenti, che suddivido a seconda delle masse e a seconda dell'ordine delle opere secondo le schede del Bluhme:

SAB.

Ulp. 15 ad Sab. D. 28, 4, 1 § 3, LENEL, *Pal.* 2531.

Ulp. 39 ad Ed. D. 28, 1, 22 § 3, D. 37, 11, 1 § 10, 11, LENEL, *Pal.* 1097.

¹⁾ Cfr. a. l. 21 § 1 D. 28, 1, Ulp. II ad Sab.

Ulp. 45 ad Ed. D. 29, 1, 15 § 1, LENEL, *Pal.* 1185.

Ulp. 46 ad Ed. D. 38, 6, 1 § 8, LENEL, *Pal.* 1196.

Ulp. 59 ad Ed. D. 29, 5, 3 § 23, LENEL, *Pal.* 1243.

Ulp. 4, Disp. D. 28, 4, 3, LENEL, *Pal.* 81.

Iul. 27 Dig. D. 29, 1, 20 § 1, LENEL, *Pal.* 404.

ED.

Ulp. 76 ad Ed. D. 44, 4, 4 § 10, LENEL, *Pal.* 1675.

Marc. 29 Dig. D. 28, 4, 3, LENEL, *Pal.* 263.

PAP.

Pap. 13 Quaest. D. 37, 11, 11 § 2, LENEL, *Pal.* 221.

Pap. 16 Quaest. D. 34, 9, 12, LENEL, *Pal.* 251.

Pap. 6 Resp. D. 28, 4, 4, LENEL, *Pal.* 533.

Pap. 8 Resp. D. 34, 9, 16 § 2, LENEL, *Pal.* 595.

APP.

Scaev. 13 Dig. D. 28, 3, 20, LENEL, *Pal.* 41.

Scaev. 16 Dig. 34, 3, 28 § 1, LENEL, *Pal.* 57.

Ora è evidente, sia per il modo con cui sono accennate le questioni nei testi, sia per ragione di materia¹⁾ che tutto ci richiama alla massa Sabiniana, alla quale sono stati aggregati anche tutti i libri editali relativi alla materia successoria. Ora nello studio del gruppo di costituzioni che sta sotto la data *K. sept. 531*, abbiamo veduto che i compilatori erano giunti all'esame della materia contenuta nel libro XIV di Ulpiano ad Sab.²⁾ Ed è appunto al principio del libro XV ad Sab. di Ulpiano, che noi incontriamo la l. 1 D. 28, 4, (LENEL, *Pal.*, Ulp. 2531), dove, come abbiamo veduto, al § 3 si fa appunto il caso del *linum incisum* e dove molto probabilmente era esposto originariamente il conflitto fra il *ius civile* e il *ius honorarium* che Giustiniano ha voluto eliminare. Era questo il primo punto in cui i compilatori potevano essersi incontrati nel problema e qui devono aver trovato l'occasione della costituzione: infatti, come abbiamo veduto, il testo è stato certamente

¹⁾ V. a. DI MARZO, *Le quinquaginta decisiones*, 1900, p. 82.

²⁾ *Bull. Ist. D. R.*, 1911, XXIII, p. 267.

rimaneggiato, anzi deformato, perchè buona parte fu soppressa: e questo è nuovo indizio a far ritenere che colle materie del libro XV di Ulpiano ad Sab. debba collegarsi la nostra costituzione ¹⁾.

*
**

Alla massa Sabiniana, anzi precisamente allo spoglio dei libri *ad Sabinum*, mi pare si possa con una sufficiente sicurezza ricollegare la c. 13 C. 4, 1 *De rebus creditis et de iureiurando*.

Cum quis legatum vel fideicommissum utpote sibi relictum exigebat et testamento forte non apparente pro eo sacramentum ei ab herede delatum est et is religionem suam praestavit, adfirmans sibi legatum vel fideicommissum derelictum esse, et ex huiusmodi testamento id quod petebat consecutus est, postea autem manifestum factum est nihil ei penitus fuisse derelictum, apud antiquos quaerebatur, utrum iureiurando standum est, an restituere debet hoc quod accepit: vel si revera ei relictum fuerat legatum vel fideicommissum, si demus licentiam heredi Falcidiam, si competat, ex hoc retinere. § 1. Nobis itaque melius visum est repeti ab eo legatum vel fideicommissum nullumque ex huiusmodi periurio lucrum ei accedere, sed et si verum fuerit inventum, quartae detentionem introduci (si tamen locum habeat), ne quis ex hoc delicto sibi lucrum impium adferre nostris legibus concedatur.

Sarebbe veramente un fuor d'opera rinnovare l'esame critico di questa costituzione, dopo l'analisi, a mio vedere, esatta e convincente, di cui la fece oggetto recentemente il Biondi ²⁾, il quale ha rilevato come essa debba riferirsi al giuramento suppletorio, deferito « *testamento non apparente* ». Giustiniano decide che il legatario e il fedecommissario debbano restituire ciò che hanno ricevuto in seguito al giuramento, affinchè non abbiano a conseguire un lucro indebito me-

¹⁾ Si potrebbe anche pensare ad un nesso col libro 6 Resp. di Papiniano, visto che col gruppo precedente di costituzioni i compilatori erano probabilmente giunti al libro II Resp., e visto che la fine della l. 4 D. 28, 4 è pure interpolata. Ma il criterio della materia, ch'è fra quelle caratteristiche della massa Sabiniana, come i legati e fedecommissi della Papiniana, mi fa preferire la prima.

²⁾ Il *giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo, Reber, 1913, p. 97.

dian­te uno spergiu­ro: nel caso in­vece in cui « *verum fuerit inventum (legatum vel fideicommissum)* » l'erede avrà, se­con­do l'impe­ra­to­re, la fa­col­tà di ap­plicare le nor­me della Fal­ci­dia.

Ancora notò il Biondi ¹⁾ l'inesattezza, in cui pare sia caduto l'impe­ra­to­re affermando che « *apud antiquos quaerebatur utrum iureiurando standum est, an restituere debet hoc quod accepit* » ²⁾. La questione, osserva giustamente il Biondi, non era certamente nel diritto classico impostata in questi termini. Il diritto classico era deciso su questo punto, che la *retractatio causae* dovesse essere esclusa nel caso in cui la causa fosse stata decisa in base ad un giuramento giudiziale o stragiudiziale: tutt'al più in qualche caso si discuteva se dovesse concedersi a colui che fosse stato danneggiato un' *actio doli*. Questi principi appaiono ancora nella l. 21 D. 4, 3 Ulp. XI ad Ed., un testo il quale ha peraltro subito parecchie alterazioni ³⁾.

Quod si deferente me iuraveris et absolutus sis, postea periurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam: Pomponius autem per iusiurandum transactum videri, quam sententiam et Marcellus libro octavo digestorum probat: stari enim religioni debet.

Labeone è certamente quello fra i giuristi classici che sempre appare propenso a dare un largo campo di applicazione all' *actio doli*: la sua opinione qui appare rifiutata e da Pomponio e da Marcello ⁴⁾.

Molto interessante per noi è l'interpolazione che ritroviamo in una costituzione di Caracalla, la c. 1 C. 4, 1:

Causa iureiurando ex consensu utriusque partis vel adversario inferente delato et praestito vel remisso decisa nec periurii praetextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiat.

¹⁾ L. c., p. 97, n. 1. Cfr. a. DI MARZO, *Le quinquaginta decisiones*, p. 80.

²⁾ La frase offre un bell'esempio del latino di Giustiniano « *utrum... standum est, an... debet* » !!

³⁾ BIONDI, l. c., p. 80: LENEL, Pal. I, 607, n. 1; II, 469, n. 1; GRADENWITZ, Z. S. S., VII, 1886, p. 82; DI MARZO, l. c., p. 80, n. 2.

⁴⁾ Per le altre considerazioni sul testo rimando a BIONDI, l. c. Un caso parallelo appare per la transazione nella c. 19 C. 2, 4, dove l'interpolazione dell' *a. doli* è peraltro sostenuta dal BERTOLINI, *Appunti didattici*, I serie, p. 1024, n. 2 e già *Transazione*, p. 380, n. 1.

L' interpolazione della fine del testo, ammessa anche dagli scrittori più antichi, e recentemente dal Bertolini ¹⁾, dal Di Marzo ²⁾, e accolta, parmi, dal Biondi ³⁾ è stata messa in dubbio dal Mitteis ⁴⁾, il quale pensa che l'imperatore volesse riferirsi a qualche eccezione introdotta da una legge locale. Ma a me pare veramente che a questo proposito si possano invocare gli scolii contenuti nei Basilici, XXII, 5, 43 ⁵⁾.

Θεοδώρου. Ἡ τμηθεῖσα δίκη ἤτοι αἰτία ὅρκῳ τῶν δικαζονένων οὐκ ἀναψηλαφᾶται, εἰ μὴ νόμος ἰδικὸς παρακλεύεται. ὑπέξελε τὴν 17'. διατάξιν τοῦ παρόντος τίτλου ἥτις φησί, κτλ.

E ancora più esplicito è Taleo nello sc. "Εγνώς ⁶⁾:

... Ὡστε μηκέτι δύναται ἀναψηλαφᾶσθαι. καλῶς δὲ ὑπεξείλεν ἡ διάταξις ἐν θέμα· μέλλομεν γὰρ εὐρίσκειν ἐν τῇ τελευταίᾳ τούτου τοῦ τίτλου διατ. ὅτι ἐπὶ ἐνὸς θέματος συμβαίνει τὸν ἀπαξ δεδομένον ὅρκον ἀναψηλαφᾶσθαι.

E Taleo e Teodoro, concordemente, ci affermano pertanto che l'eccezione, cui allude la c. 1 C. 4, 1, è appunto quella introdotta da Giustiniano colla c. 13. Perciò mi sembra che si possano superare i dubbi del Mitteis e accettare come sicura l' interpolazione.

Parmi quindi che si possa ritenere veramente come principio indiscutibile per il diritto classico, il quale non ammetteva eccezioni, che il giuramento, quand' anche ne fosse dimostrata la falsità, impedisse la *retractatio causae*; epperò nel caso deciso da Giustiniano colla c. 13 doveva il diritto classico escludere la possibilità della ripetizione dei legati ⁷⁾.

¹⁾ *Giuramento*, p. 167; *Note al Glück*, XII, p. 254, n. r.

²⁾ *L. c.*, p. 80.

³⁾ *L. c.*, p. 92, n. 1.

⁴⁾ *Reichsrecht*, p. 164, n. 7.

⁵⁾ HEIMBACH, II, p. 565.

⁶⁾ HEIMBACH, *Manuale* ad c. 1 C. 4, 1.

⁷⁾ Questo per i principi regolanti il giuramento, indipendentemente dall'altra regola (cfr. Ulp. Reg. 24, 33) che « legatorum perperam solutorum repetitio non est ». È peraltro interessante vedere quali fossero le eccezioni ammesse nel diritto classico a questa regola; v. Paul. Sent. III, 6, 92: cfr. D. 12, 6, 2 § 1; 3; 4, e come anche questa materia sia stata sovvertita da Giustiniano colla c. 45 (46) § 7 C. 1, 3 (cfr. Inst. 3, 27, 7). Ancora in questo campo sarebbe degna di studio la differenza che si riscontra fra Gai. II, 283 (su questo paragrafo vedi da ultimo KUIP, *Gai Inst. comm. secundus*, 1913, p. 423), e D. 4, 3, 23, Gai. IV ad Ed. Prov.

Come già dissi, è impossibile, per assoluta deficienza di materiali, rappresentarci le dottrine classiche in materia: ma non così difficile invece mi pare la ricerca del punto nel quale i compilatori si sono incontrati nel problema, che sottoposero alla decisione dell'imperatore. Infatti, poichè tutto conduce ad ammettere che si tratti qui di giuramento suppletorio deferito *in iudicio*, come vide il Biondi, noi possiamo escludere con una sufficiente sicurezza, che la costituzione si debba ricollegare coi commentarii edittali della rubrica *De iureiurando*, che riguardava il giuramento *in iure*¹⁾. D'altra parte la materia della costituzione ci fa pensare che l'incertezza sia sorta durante lo spoglio di libri relativi alla materia dei legati. Ora vedemmo come i compilatori fossero giunti appunto col *XV K. Nov. 531* alle materie contenute nel libro XV di Ulpiano *ad Sabinum*, dove appunto per la prima volta avevano incontrato i problemi del *linum incisum*. E, proseguendo di poco, noi troviamo che nel libro XVI di Ulpiano *ad Sabinum* era trattata la materia: « *De legatis indebite solutis* ». È qui, a mio credere, che il problema della c. 13 C. 4, 1 si è presentato ai commissarii. Oltre infatti la considerazione premessa e fondata sull'ordine, già ormai dimostrato, tenuto dai compilatori nel loro lavoro, conducono a quella conclusione diverse considerazioni.

Anzitutto il problema relativo all'applicabilità della Falcidia nell'ipotesi prevista dall'imperatore: questo ci dimostra che si trovava in un punto, poichè le due questioni risolte da Giustiniano dovevano essere incontrate l'una accanto all'altra, in cui si trattava di legati, e della facoltà di applicare la Falcidia a casi dubbii. Ora, precisamente gli scarsi frammenti a noi pervenuti della trattazione: « *De legatis indebite solutis* » ci mostrano, come si intrecciassero i problemi della Falcidia con quelli della possibile ripetizione di questi legati. Si veda la Palingenesia, Ulp. 2544, 2545: Ulpiano vi tratta anzitutto della *stipulatio Falcidia*²⁾; e in seguito abbiamo quella l. 2 § 1 D. 12. 6, ch'è interpolata, e in cui si trattano problemi che hanno coi nostri una, sebbene lontana, somiglianza:

¹⁾ Rinvio per tuttocìò al citato lavoro del Biondi.

²⁾ Sulla l. 70 D. 35, 2 cfr. VASSALLI, *Falcidia stipulatio*, 1913, estr. dal *Bull. I. D. R.*, pp. 12-13, al quale del resto rinvio per i diversi problemi relativi a questo istituto.

Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur [vel si post multum temporis emergerit aes alienum, vel codicilli diu celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata sunt]. Nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.

È certo che, dati i principii classici, il caso contemplato nella c. 13 C. 4, 1 non solo era diverso nella specie, ma nemmeno poteva considerarsi come un'ipotesi di *legatum indebite solutum*. Tuttavia a me pare probabile che il giurista classico qui appunto dovesse fare il caso in cui *testamentum non emergerit*, e in cui i *legata* fossero stati pagati in base al *iusiurandum*, e poi l'altro caso in cui per la scoperta del *tēstamentum* o per altra ragione il giuramento fosse apparso falso, ricercando se e come, in ogni caso, dovesse applicarsi la Falcidia. Pertanto al libro XVI di Ulpiano ad Sabinum e ai paralleli libro III e libro V rispettivamente di Paolo e di Pomponio mi pare si debba ricollegare la c. 13 C. 4, 1 di Giustiniano.

*
* *

Niun dubbio poi che alla massa Sabiniana, anzi ai commenti *ad Sabinum* debba ricollegarsi la c. 17 C. 3, 33, *de usufr. et habit.* perchè la cosa è dichiarata dalla costituzione stessa¹⁾:

Ex libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur, si usus fructus per servum adquisitus vel per filium familias capitis deminutione filii magna vel media vel morte vel emancipatione vel servi quacumque alienatione vel morte vel manumissione potest adhuc remanere. § 1. Et ideo sancimus in huiusmodi casibus neque, si servus vel filius familias in praefatos casus inciderit, interrumpi patri vel domino usumfructum qui per eos adquisitus est, sed manere intactum, neque si pater capitis deminutionem magnam vel mediam passus fuerit vel morte ab hac luce fuerit exemptus, usumfructum perire, sed apud filium remanere, etiamsi heres a patre non relinquatur. § 2. Usus fructum enim

¹⁾ V. LENEL, *Pal.* II, col. 216, 1.

per eum adquisitum apud eum remanere et post patris calamitatem oportet, cum plerumque verisimile est testatorem contemplatione filii quam patris usumfructum ei reliquisse.

Facile è in ogni caso trovare il punto di riattacco della costituzione, la quale del resto già è stata esattamente collocata dal Lenel ¹⁾. Se noi procediamo poco oltre il libro XVI ad Sab. di Ulp. al quale abbiamo veduto doversi collegare la costituzione studiata precedentemente, noi ci incontriamo nel libro XVII nella materia del legato di usufrutto, dove è studiato anche il tema « *Quibus modis ususfructus legatus amittitur* ». È indubbio, che la costituzione si riferisce a questa materia, che era sicuramente trattata da Ulpiano; vedasi per es. D. 7, 4, 5 § 1:

Si quis usumfructum solum servi alienaverit, per quem usus fructus ei adquisitus est, dubium non est, quin usus fructus per eum adquisitus retineatur ²⁾.

È ovvio che Ulpiano doveva precedentemente (lo dimostra chiaramente il *solum*) occuparsi anche dell'ipotesi in cui fosse stata ceduta la proprietà dello schiavo, e probabilmente anche delle altre ipotesi intorno alle quali nasceva il sospetto che potessero produrre la estinzione dell'usufrutto *per servum vel filium adquisitus*. Così doveva all'incirca essere ordinata la trattazione anche nel libro III di Paolo e V di Pomponio *ad Sabinum*; niun dubbio quindi che a questo punto dello spoglio dei commentarii Sabiniani debba ricollegarsi la costituzione. Tant'è che ai compilatori è sfuggito, perchè il problema vi era accennato incidentalmente, un testo appartenente a un libro precedente di Pomponio *ad Sabinum*, testo nel quale è ricordata, come già vide il Di Marzo ³⁾, la dottrina più rigida, rifiutata da Giustiniano.

D. 7, 4, 18, Pompon. III ad Sab.

Si servo hereditario ante aditam hereditatem legatus usus fructus fuisset, magis placet adita hereditate eum usumfructum ad te transire *nec interire quasi mutato dominio*, quia nec dies ante cesserit, quam tu heres extiteris.

¹⁾ *Pal. Ulp.* 2553.

²⁾ Cfr. *Gai.* II, 91; *Ulp. Reg.* XIX, 21.

³⁾ *Le quinquaginta decisiones*, p. 79.

Ma, sebbene i materiali siano scarsissimi perchè tutto quanto aveva rapporto col problema deve essere stato, in seguito alla costituzione, soppresso dai compilatori, mette conto di fare qualche indagine intorno ai precedenti della soluzione giustiniana.

E, sebbene io pensi col Di Marzo ¹⁾ che non convenga esagerare il nesso colla c. 15 C. 3, 33 ²⁾, tuttavia, per formarsi un concetto esatto della dottrina classica in questa materia, conviene non dimenticare quella costituzione:

Inter antiquam prudentiam dissensio incidit, si per servum ususfructus domino fuerit adquisitus et ex quibusdam causis (multi enim rebus incidunt mortalibus) pars huiusmodi servi in alium pervenerit, utrum omnis usus fructus, qui antea per servum ad aliquem pervenerit, apud eum remaneat an totus tollatur vel ex parte deminuat, ex parte autem apud eum resideat?

I giuristi classici, ci dice Giustiniano, avevano proposto tre soluzioni diverse:

... una, quae dicebat ex particulari alienatione servi totum usum fructum deminui, alia in tantum usumfructum deminui, in quantum et servus alienatur ³⁾, tertia quae definiebat partem quidem servi posse alienari, usumfructum autem totum apud eum remanere, qui ante servum in solidum habebat.

Quest' ultima opinione favorevole all' usufruttuario è quella accolta da Giuliano e confermata da Giustiniano nel § 2:

Nobis autem haec decidentibus placuit Salvii Iuliani admitti sententiam et aliorum qui in eadem fuerunt opinione, quibus humanius visum est non interemptionem usus fructus studiosam esse, sed magis retentionem, quatenus, etsi pars servi alienetur, tamen nec pars usus fructus depereat, sed maneat secundum suam naturam integer atque incorruptus et, quemadmodum et ab initio fixus est, ita conservetur ex huiusmodi casu nullo deterioratus modo.

¹⁾ L. c.

²⁾ Questa costituzione è sotto la data K. Oct. 530, ed è studiata in altro mio scritto, di prossima pubblicazione, relativo ai « *Lavori preparatori della compilazione delle Pandette* ».

³⁾ Cfr. D. 7, 5, 14, Pomp. V ad Sab.

Certo è cosa ardua fissare, per scarsità di materiali, il fondamento delle soluzioni classiche e di quella di Giuliano soprattutto ¹⁾; ma peraltro già il Di Marzo osservò come le notizie offerte dall' imperatore stiano in armonia con quanto dicono le fonti intorno alla cessione dell' usufrutto ad un terzo ²⁾. In ogni modo è certo pure che la tendenza giustinianea è anche nella c. 15 la stessa che ritroviamo nella c. 17, quella cioè diretta a conservare l' usufrutto in testa al titolare, qualunque siano i mutamenti di proprietà o di stato che possano colpire colui *per quem usus fructus adquisitus est*.

Senonchè nella c. 17 noi troviamo due soluzioni che in realtà sono nei loro presupposti teorici in contraddizione l' una coll'altra. Infatti si dice che l' usufrutto *per filium vel servum adquisitus* rimane presso il *dominus* e il padre malgrado la morte, l' alienazione, la *capitis deminutio* del servo o del figlio; parrebbe quindi che soprattutto in questo problema venisse in considerazione la persona del *dominus* e del *pater*: e invece si decide che se il *pater* muore o subisce una *capitis deminutio* l' usufrutto debba continuare in testa al figlio, dando così prevalenza alla persona soggetta. Ma ciò corrisponde a quanto troviamo nelle fonti classiche dove, a seconda dei casi ³⁾, noi troviamo data prevalenza alla persona del servo o del *filius*, o a quella del *dominus*. Difficile è in ogni modo, anzi impossibile, ricostruire le opinioni classiche in quella materia: certo le incertezze dovevano essere numerose. Giustiniano in ogni caso ha preferito scegliere la più benigna soluzione secondo la quale l' usufrutto non pativa estinzione.

*
* *

È difficile poter affermare con sicurezza, se colla compilazione debba ricongiungersi la l. 1 C. 4, 11, *Ut actiones et ab herede et contra heredem incipiant*.

Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro com-

¹⁾ V. GYPHANIUS, *Enarrat. et comment. in VIII libr. Cod. Iust. leges celebr. et diff.* ad l. 17 De usufr.; DI MARZO, *Le quinquaginta decisiones*, p. 39.

²⁾ DI MARZO, *Saggi critici sul libri di Pomponio ad Q. Mucium*, p. 56 ss.: cfr. le antiche controversie dottrinali in VANGEROW, *Leitsaden*, § 344, n. 3.

³⁾ Cfr. D. 7, 2, 1 § 1 (Iul. in Ulp.); D. 45, 3, 1 § 4 (Iul.); D. 17, 1, 21-23 (Ulp.); D. 17, 2, 63 § 9 (Iul. Pomp. Sab.); D. 41, 1, 49 (Paul.).

muni hominum utilitate recepinus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. § 1. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. § 2. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.

Giustiniano si richiama nel principio della costituzione alla precedente riforma attuata colla c. 11 C. 8, 37 (38), colla quale aveva deciso che in materia di clausole con riferimento al « *dies mortis* » la volontà del testatore o dei contraenti dovesse aver valore anche quando il termine fosse espresso coll'indicazione *post mortem* o *pridie quam moriar*¹⁾. Ed è noto²⁾, come sia stato lungamente discusso il rapporto fra quella costituzione e la nostra. Io credo, che, anche a questo proposito, siano esatte le critiche mosse dal Vassalli alla posizione presa da Giustiniano nella nostra costituzione. Infatti colla c. 11 C. 8, 37 l'imperatore assimilando le clausole *post mortem* e *pridie quam moriar* alla clausola *cum moriar* era venuto ad affermare, che i negozi ai quali erano apposte quelle clausole dovessero essere considerati come negozi a termine, e in tal modo veniva ad affermare che il negozio è valido *fra le parti* come negozio a termine; quindi egli non contraddiceva, anzi si trovava perfettamente consenziente alla regola che le obbligazioni e le azioni non possono cominciare dagli eredi³⁾.

Ma, col Pacchioni⁴⁾, col De Ruggiero⁵⁾, e collo stesso Vassalli⁶⁾, io penso si debba ritenere che la regola, che le obbligazioni e le azioni

¹⁾ Su tutti i problemi relativi allo stato della dottrina classica e alla portata delle riforme giustinianee vedi l'ottimo lavoro del VASSALLI, *Di tatrune clausole con riferimento al « dies mortis » nel legato e nella stipulazione*, Firenze, tipografia Galileiana, 1910, che mi dispensa dall'esposizione di qualsiasi particolare intorno ai precedenti della nostra costituzione.

²⁾ V. la bibliografia in VASSALLI, *l. c.*, p. 80, n. 1.

³⁾ V. VASSALLI, *l. c.*, p. 81.

⁴⁾ *Contratti a favore di terzi*, pp. 82-83.

⁵⁾ *Il Dies impossibilis nei contratti e nei testamenti*, Bull. I. D. R. XV, 1913, p. 51, n. 1.

⁶⁾ *l. c.* pp. 81-82.

non possono cominciare dall'erede - regola ch'è strettamente connessa coi principii fondamentali del diritto ereditario romano - non sia stata tocca nemmeno dalla nostra costituzione. Come rivelano anche gli scolii dei Basilici¹⁾ richiamati dal Vassalli, in fondo la riforma giustiniana è diretta a rimuovere solo la « *nimia subtilitas verborum* »: è questione pertanto d'interpretazione di volontà, allorquando questa fosse espressa nelle forme « *heredi meo dari* », « *heredem meum daturum* », « *Titii heres damnas est dare* ». Si tratta di decidere solamente se in questi casi nasca un'obbligazione, a termine, la quale produrrà i suoi effetti al momento dell'adizione dell'eredità: ma l'obbligazione nasce sempre in testa all'autore. Giustiniano ha pertanto affermato cosa inesatta, dichiarando di aver per tal modo abolito uno dei principii cardinali del diritto ereditario romano, principio ch'era in pieno vigore ancora nel suo sistema²⁾.

Possiamo noi trovare il punto al quale riattaccare la costituzione? Giustiniano richiama l'opinione dei *veteres*, e non è pertanto da escludere, che i commissarii, escerpando i testi classici, si siano trovati davanti a qualche caso ch'era in contrasto colla c. 11 C. 8. 37. Certo è che dopo di questa, tuttociò ch'era in contraddizione colle sue disposizioni dev'essere stato mutilato o soppresso, e che i compilatori non devono aver avuto scrupoli su questo punto, tanto che sembra piuttosto strano che abbiano creduto necessario ricorrere all'imperatore. Ma, ripeto, essi possono aver incontrato qualche caso, o qualche forma, la quale lasciasse persistere qualche dubbio intorno all'applicabilità della c. 11 C. 8. 37. Ora, sebbene nella costituzione figurino in prima linea le *stipulationes*, tuttavia, data in questa e altre materie la trattazione parallela dei legati e delle stipulazioni, e data la natura dei problemi che devono aver provocata la costituzione, noi ben possiamo pensare che le difficoltà debbano essere state incontrate in una trattazione dei legati; in ogni caso il tema ci richiama alla massa Sabinaiana o alla Papiniana. Si tratta quindi di vedere qual'era il primo punto nel quale i commissarii possono aver incontrato questi problemi. Ora, appunto nello spoglio dei *libri ad Sabinum*, come senza alcun dubbio ci dimostrano la costituzione riguardante il *linum incisum* e

¹⁾ Sc. 2, 3, Bas. XXIX, 3, 19, HEIMBACH, III, 25.

²⁾ V. sempre VASSALLI, *l. c.*, pp. 82-83.

la c. 17 C. 3, 33, i compilatori erano giunti alla materia dei legati (Ulp. lib. XV e ss. ad Sab.; Pomp. V-VII; Paul. III-IV): era questa una trattazione ampia in cui, come rivelano diverse tracce (v. D. 36, 2, 4, Ulp. XIX ad Sab.; D. 33, 2, 5 Paul. III ad Sab.) non dovevano essere infrequenti gli accenni a quei problemi. È qui, che io, pur non annettendo a questa mia affermazione che il valore di una congettura, sospetto essere il luogo nel quale fu trovato lo spunto della costituzione.

*
**

Alla massa edittale mi pare che si debba ricollegare invece la c. 7 C. 6, 49, *Ad Scetum Trebellianum*. La costituzione è un aggregato di soluzioni relative appunto alla materia delle restituzioni fedecommissarie: i primi tre paragrafi (pr. - 1 a) si riferiscono alle restituzioni fedecommissarie a favore o da parte del pupillo o del furioso.

Sancimus licentiam esse etiam soli tutori recte fieri fideicommissi nomine universitatis restitutionem, quod pupillo relictum est, et sine onere fideiussionis, ubi tamen pupillus dari non possit vel abesse noscitur, ne, dum nimia subtilitate circa res utimur pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum revertatur. § 1. Idemque iuris esse oportet et si furioso fideicommissaria debeatur hereditas, ut restitutio curatori eius soli, nomine scilicet furiosi, celebretur. quis enim sensus, quae vox certa furioso esse intelligitur, cum in utroque casu restituentes plenissimam consequantur ex nostra lege securitatem? § 1 a. Hoc eodem observando, et si ipsi pupilli vel furiosi restitutione gravati sunt.

Gli ultimi due paragrafi sono invece dedicati ad altri problemi:

§ 1 b. Cum autem aliquis hereditatem restituere iussus est et dolo malo vel post litem contestatam vel antea sese contumaciter celaverit, vel si suppositus fideicommissariae restitutioni, antequam restitueret hereditatem, ab hac luce subtractus est nullo herede vel successore existente, vel si fideicommissarius, cui restituta est ex Trebelliano hereditas, alii per fideicommissum restituere iussus fuerit res hereditarias: quemadmodum actionum translatio celebretur in tribus istis casibus apud veteres dubitabatur: et Domitius Ulpianus constituendum esse super his putavit. § 1 c. Sanci-

mus itaque, ut, sive per contumaciam afuerit is, cui restitutio imposita est, sive morte praeventus nullo relicto successore fuerit, sive a primo fideicommissario in secundum translatio celebrari iussa est, ipso iure utiles actiones transferantur.

Giustiniano decide pertanto che, in quelle tre ipotesi nelle quali i *veteres* erano incerti sul modo col quale potesse verificarsi il trapasso delle azioni *utili* a favore del fedecommissario, esso avvenga *ipso iure*.

La costituzione porterebbe la data *X K. Nov.* 530: ma poichè essa è diretta a Giovanni, prefetto del pretorio, il Krüger¹⁾ corregge *XV K. Nov.* 531 o 532; ma le nostre ricerche verranno, s'io male non mi appongo, a dimostrare come la costituzione debba con tutta probabilità collocarsi sotto la prima data e cioè *XV K. Nov.* 531.

Ma vediamo più da vicino i problemi discussi nella costituzione. Nel primo si tratta di decidere se nel caso di pupillo *infans* o *absens* possa il tutore ricevere la restituzione del fedecompresso universale (*fideicommissi universitatis nomine*): l'imperatore risponde affermativamente, esonerando il tutore anche da qualsiasi cauzione. La soluzione imperiale ci fa pensare che nelle fonti classiche la cosa fosse disputata: e tracce di questa incertezza noi possiamo ancora scoprire qua e là nelle fonti. Richiamo anzitutto a questo proposito le l. 38 § 1, 2, 39, 40 D. 36, 1 *Ad Scutum Trebellianum*:

l. 38 § 1, 2, *Ulp. XVI ad Ed.* Pupillus autem ipse debet restituere tutore auctore, non tutor sine pupillo [*nisi infans est*], quia nec mandare actiones tutor pupilli sui potest... Sed et si pupillo sit restituenda, non posse pupillo sine tutoris auctoritate restitui constat:

l. 39, *Paul. XX ad Ed.* non enim solutio est hereditatis restituito, sed successio, cum obligetur.

l. 40, *Ulp. XVI ad Ed.* Sed nec ipsi tutores [*indistincte*] restitui potest,

Già il Wissenbach²⁾ aveva notato l'interpolazione della parola *indistincte*, interpolazione evidentemente provocata dalla costituzione nostra. Infatti dopo la costituzione giustiniana dev'essere tenuti distinti

¹⁾ *Zettschr. f. RG.* XI, p. 178; v. anche nota *ad h. l.* nell'edizione stereotipa.

²⁾ *Emblem. Tribon.* V, p. 100: cfr. LENEL, *Pal. Ulp.* 543.

il caso del *pupillus infans* o *absens*, da quello del pupillo *qui fari potest*. In quest'ultimo caso la restituzione è fatta al pupillo la cui capacità è integrata dal tutore mediante l'*auctoritas*: nel primo invece la restituzione può essere fatta direttamente al tutore: di qui l'*indistincte* inserito nel testo. E così è stata nella l. 28 § 1 interpolata la frase « *nisi infans est* » ¹⁾. Quali fossero le opinioni dei classici in materia è certo difficile affermare con sicurezza: era al tutore assolutamente negata la facoltà di ottenere la restituzione? o la facoltà gli era concessa, purchè egli prestasse delle cauzioni, come farebbe pensare la costituzione giustiniana?

Ma è certo che doveva essere sostenuta, per il caso del pupillo *infans*, anche l'opinione più larga, che riconosceva al tutore la facoltà di ottenere la restituzione. Questo risulta da un testo di Meciano, V fideicommissorum, D. 36, 1, 67 § 3:

Si pupillo *infanti* restituere hereditatem quis rogatus sit, si sponte adierit, etiam servo eius ²⁾ et ipsi pupillo tutore auctore restituetur hereditas: si quidem eo, quod fari non potest, non magis ea res impediatur, quam in muto pubere volente sibi restitui hereditatem.

La difficoltà è quindi per Meciano puramente di fatto. Il seguito del testo poi interessa, sebbene sia interpolato ³⁾, perchè anche Meciano come Ulpiano sente ed esprime la necessità di un intervento imperiale per eliminare diverse incertezze.

Si autem heres recuset adire hereditatem, quemadmodum res expediri possit, difficile est, quia neque tutore desiderante periculo pupilli adiri hereditatem [Trebelliano] senatus consulto locus sit futurus neque pupillus ipse id desiderare possit, cum fari non possit. [Quod aliquatenus circa mutos expediri potest, nam si auditus capaces sunt vel interrogati nutu possint significare velle se periculo suo hereditatem adire, quomodo] *absentes per nun-*

¹⁾ BONFANTE, *Ist.*⁵, p. 520, n. 2.

²⁾ Su questo cfr. a. l. 41 § 2, l. 42, l. 43 D. 36, 1.

³⁾ MITTEIS-KRÜGER: SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi nella dottrina rom. dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, p. 33 dell'estratto dagli *Atti dell'Acc. delle Sc. di Modena*, Ser. III, vol. 22; BESELER, *Beträge*, III, pagina 55.

tium (?)]. Sed et infanti non dubito omnimodo subveniendum idque ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est: sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur, sive de bonorum possessione agitaretur, peti ei per tutorem posset. ideoque et heres compelli per tutorem potest adire et restituere hereditatem. [*quo exemplo et mutus, qui nihil intelligere potest, per curatorem adiuvatur*].

Meciano richiama l'analogia del *ius civile* che permette di *gerere pro herede* e del *ius honorarium* che accorda al tutore la facoltà di chiedere la *bonorum possessio*. Pertanto egli conclude *constituendum esse*, che il tutore dell' infante possa agire affinché l'erede adisca e restituisca: la soluzione propugnata da Meciano è, se il testo non è stato rimaneggiato, conforme a quella dell' imperatore.

Per ciò che riguarda il pupillo assente noi non troviamo più nulla nelle fonti: ma riguardo all'assente che abbia lasciato un procuratore noi abbiamo un testo che sta sotto il nome di Ulpiano, ma che è molto probabilmente rimaneggiato dai compilatori: è la l. 11 § 2 D. 36, 1, Ulp. IV fideicomm.

Utrum autem praesenti an etiam absenti restitui possit procuratore adeunte praetorem, videndum est. ego puto absenti quoque fideicommissario cogi posse heredem institutum adire et restituere nec vereri heredem oportere, ne forte in damno moretur: potest enim ei per praetorem succurri, sive cautum ei fiat, sive non et ante decesserit fideicommissarius, quam ei restituatur hereditas. est enim huius rei exemplum capere ex rescripto Divi Pii in specie huiusmodi...

Il paragrafo è stato ritenuto interpolato dal Fabro ¹⁾: certamente il nessun legame con quanto precede ²⁾ e non poche forme grammaticali usate (...*procuratore adeunte*, ...*nec vereri heredem oportere*, *ne forte in damno moretur*...) farebbero sospettare veramente che tutto il paragrafo, come vuole il Fabro, sia di creazione compilatoria. Ma, comunque il passo sia stato rimaneggiato anche allo scopo di met-

¹⁾ De err. pragmat. Dec. 31, err. 1, n. 11.

²⁾ Nel seguito sarebbero, secondo il BESELER, *Beiträge*, II, p. 123, interpolate le parole «*remedium dedit ut*».

terlo d'accordo colle innovazioni introdotte da Giustiniano in questa materia per la tutela e per la cura, e sebbene, probabilmente, data la mancanza di nesso con quanto precede, dobbiamo pensare che fra il § 1 e il § 2 sia stato soppresso qualche periodo, è certo che il richiamo alla costituzione *Divi Pii*, riguardante il caso di Antistia che è esposto nel seguito del paragrafo, e in cui sono accennati i modi coi quali si può soccorrere a colui che si trovi danneggiato per essere stato costretto ad adire l'eredità e restituirla¹⁾, è esatto e si ricollega perfettamente col ragionamento che precede. In ogni modo, qualunque opinione si accetti intorno all'origine di questo paragrafo, è certo che il punto, del quale pare che maggiormente si preoccupassero i classici, era quello del pericolo, al quale poteva andar incontro chi restituisse ad un assente attraverso il procuratore o il tutore; e allo scopo di *succurrere heredi* si richiamavano al caso in cui, trattandosi di una *hereditas suspecta*, l'imperatore aveva appunto creduto necessario intervenire per eliminare, mediante la promessa di rimedi speciali, l'incertezza suscitata dal timore del danno in colui, che doveva adire e restituire.

Per il tutore dell'assente evidentemente il problema doveva essere discusso in termini pressochè uguali: ma nelle fonti nostre, come dissi, non troviamo più i testi relativi. Giustiniano, come nel caso dell'*infans*, decide che anche in caso di *absentia* si possa restituire al tutore: e naturalmente, estende la disposizione al caso del *curator furiosi*. Concede poi al tutore e al curatore anche la facoltà invocata, quella cioè di provvedere, in quelle ipotesi, alla restituzione dell'eredità, che incombesse al pupillo o al furioso.

Nella seconda parte della costituzione il problema è un altro: si tratta di vedere, come si debba in taluni casi speciali provvedere per il trapasso delle azioni in testa al fedecommissario *ex Scto Trebelliano*. Le ipotesi previste dall'imperatore sono tre.

La prima è quella in cui colui che dovrebbe eseguire la restituzione *latitet*, sia contumace *dolo malo*, e questo sia prima, sia dopo la *litis contestatio*²⁾. In tal caso il fedecommissario potrà bensì inten-

¹⁾ Alla stessa costituzione allude Ulpiano nella l. 1 § 6 D. 42, 6, tolta al libro 64 ad Ed. Vedi poi a. la l. 4 D. 36, 1, e la l. 69 pr. D. eod., l. 6 pr. D. eod.; Paul. Sent. 4, 4, 4; Gai. II, 258.

²⁾ Non si dimentichi che certamente Giustiniano ha presente la *litis contestatio* del suo sistema, non quella classica.

tare l'*hereditatis petitio fideicommissaria*, ma non avvenendo la regolare restituzione, che è la via mediante la quale le azioni trapassano utilmente dall'erede al fedecommissario, è oscuro il modo con cui a questo effetto si possa provvedere. Di questa ipotesi non mi è riuscito di trovare nessuna traccia nelle fonti.

La seconda è quella in cui l'erede, dopo l'adizione, ma prima di addivenire alla restituzione, sia morto senza lasciare eredi, perchè in questo caso la restituzione doveva essere ottenuta da costoro: D. 36, 1, 41 § 1, Paul. 20 ad Ed.

Persona autem heredis instituti Trebelliano continetur: verum hoc iure utimur, ut et successor heredis recte ex Trebelliano restituat, veluti heres bonorumve possessor, vel pater dominusve, quibus acquisita est hereditas: omnes enim quod iuris habent, ex Trebelliano senatusconsulto restituere debent, nec interest, is qui institutus est an pater dominusve rogatus est restituere¹⁾.

Più non troviamo nella compilazione frammenti che riguardino l'ipotesi prevista da Giustiniano: ma è tuttavia interessante richiamare un altro caso, quello in cui l'*heres* sia morto prima dell'adizione, dove abbiamo segni delle differenze che corrono fra il diritto classico e il giustiniano. Dice infatti Ulpiano a proposito del *testamentum militis*, D. 29, 1, 13 § 4:

Cum miles in testamento suo servo libertatem dederit eidemque et a primo et a secundo herede per fideicommissum hereditatem reliquerit, quamvis et primus heres et substitutus, priusquam adierint hereditatem, mortem obierunt, non debere intestati exitum facere imperator noster cum divo Severo rescripsit: sed perinde habendum est, ac si eidem servo libertas simul et hereditas directo data esset, quae utraque ad eum pervenire testatorem voluisse negari non potest.

E aggiunge Meciano, IV fideicomm., nella legge seguente:

Tractabatur, an tale aliquid et in paganorum testamentis indulgendum esset: [et placet non sine distinctione hoc fieri, sed, si quidem vivo testatore et sciente decessissent nihil novi statuendum, si autem ignorante aut post mortem eius, omnimodo subveniendum].

¹⁾ Il passo non è forse completamente genuino: specialmente la fine « *nec interest-restituere* » pare a me insiticia, come aggiunta superflua.

Ora io penso che l'ultima frase debba ritenersi interpolata – lo sospetta anche il Krüger – e che il diritto classico in nessun caso applicasse ai testamenti *paganorum* quella che era una deroga speciale a favore del *testamentum militis*. Questo mi pare dimostrato da un confronto con un testo di Papiniano, D. 26, 7, 39 § 3:

Heres institutus, qui non habuit substitutum, priusquam hereditatem adiret, quam impuberi restituere debuit, vita decessit: cum hereditas in Italia esset, scriptus autem heres in provincia decessisset, tutores provincialium rerum culpa nomine condemnandos existimavi, si causam testamenti non ignorantes utilitatem impuberis deseruerunt: nam hereditatis [in provincia] fideicommisso restituto causam quidem iuris (in provincia, BONFANTE) expediri potuisse, rerum autem administrationem ad eos recidere debuisse, qui tutelam in Italia suscepissent.

Ma, comunque stiano le cose in questo caso, l'ipotesi della nostra costituzione è fondata sulla circostanza che l'*heres* abbia adito, e sia morto senza eredi prima della restituzione: e di questa specie di fatto più nulla è stato conservato nelle Pandette.

Il terzo caso è quello in cui il primo fedecommissario abbia a restituire l'eredità ad un secondo fedecommissario: anche qui si era incerti intorno alla possibilità del trapasso delle azioni. Veramente da un testo di Ulpiano, l. 1 § 8 D. 36, 1, parrebbe che la questione fosse già risolta al tempo suo, quantunque disputata:

De illo quaeritur, an is, cui ex causa fideicommissi restituta est hereditas ex Trebelliano senatus consulto, ipse quoque restituendo ex eodem senatus consulto transferat actiones: et Iulianus scribit etiam ipsum transferre actiones: quod et Maecianus probat [et nobis placeat].

Ma le ultime parole già furono dal Pampaloni sostenute interpolate¹⁾ e ciò io ritengo pure, oltrechè per la forma, anche perchè dalla costituzione di Giustiniano appare chiaro, come Ulpiano non fosse tanto sicuro di quella soluzione, tanto che riputava necessaria una

¹⁾ Vedi KRÜGER, *ed. ster. ad h. l.*

costituzione, che togliesse l'incertezza. È quindi l'imperatore stesso colla sua costituzione che ci mette qui sulla via per scoprire l'interpolarazione.

In queste tre ipotesi la dottrina classica era quindi divisa e incerta: Ulpiano invocava a risolvere le controversie l'intervento dell'imperatore, che non solo è frequente in questa materia, ma sovente richiesto, come necessario, dai giuristi: si confrontino la l. 67 § 3 D. 36, 1 Maec. V fideicomm., la l. 27 D. 40, 5, Paul. III fideicomm., la l. 92 D. 35, 1, Ulp. V fideicomm. Ma quali fossero sui diversi problemi le opinioni dei diversi giuristi dobbiamo oggi rassegnarci ad ignorare.

Non così difficile mi sembra invece la ricerca del punto, nel quale le controversie sono state incontrate: la materia è quella dei fideicommissi, e particolarmente quella del Trebelliano: le controversie, come dimostra la prima parte della costituzione, sono anzi state incontrate in un punto, in cui si discuteva della capacità di talune persone ad ottenere la restituzione. Certo i diversi frammenti tolti alle monografie *fideicommissorum*, che coi problemi della costituzione dimostrano una più o meno lontana connessione, potrebbero far sospettare che da essi debba aver tratto lo spunto la costituzione stessa: d'altra parte l'imperatore ci dichiara che le difficoltà risolte nella seconda parte erano presentate da Ulpiano: per cui noi dovremmo ricollegare la costituzione coi *libri fideicommissorum* di Ulpiano. Ma questi occupano nella massa Papiniana un posto alquanto avanzato, e non è probabile, ove si tenga conto dei precedenti risultati delle nostre ricerche, che i compilatori fossero alla data XV K. Nov. già arrivati a quel punto.

La costituzione devesi invece, con molta probabilità, ricongiungere collo spoglio dei libri Edittali, e quindi, data l'indicazione offerta di Giustiniano, col commento di Ulpiano *ad Edictum*. Abbiamo veduto infatti nel gruppo precedente come i compilatori fossero arrivati alle materie contenute nel libro XV di Ulpiano *ad Edictum*, dove si svolge il tema della *petitio hereditatis*. Nel libro XVI di Ulpiano noi incontriamo precisamente la rubrica *de hereditatis petitione fideicommissaria*, dove si studiava e commentava certo il Seto Trebelliano. È questo anzi il primo punto in cui i compilatori devono aver trovato una trattazione larga della materia, e quei diversi problemi discussi e risolti

da Giustiniano. E di ciò noi abbiamo alcuni indizi testuali. Anzitutto per ciò che riguarda i tutori la l. 40 D. 36, 1, Ulp. XVI ad Ed.

Sed nec ipsi tutori [*indistincte*] restitui potest. (Cfr. a. l. 38 § 1 D. eod).

Ulpiano doveva qui certamente esporre le diverse difficoltà ricordate nella prima parte della costituzione: il testo è stato mutilato e interpolato da Giustiniano. Ben poco (D. 5, 6, 3 § 1, 2), e anche questo è un indizio, ci è conservato dal commentario di Ulpiano di ciò che riguardi il trasferimento delle azioni. Possediamo invece un frammento del commentario di Paolo XX ad Ed. (D. 36, 1, 40), il quale ci permette di affermare che i problemi relativi alle azioni dovevano essere largamente trattati a questo punto. Queste tracce combinate coll'osservazione che i libri edittali a questo punto sono stati quasi distrutti e colla considerazione, che il libro XVI di Ulpiano *ad Edictum* costituisce il primo punto sul quale i commissari hanno potuto incontrare tutti quei problemi, ci persuadono, che al libro XVI di Ulpiano *ad Edictum* sia da riconnettere la c. 7 C. 6, 49.

*
* *

In questo gruppo, XV K. Nov., noi troviamo un aggregato di costituzioni in parte relative all'usucapione (C. 7, 31, 1; C. 3, 34, 14), in parte relative alla prescrizione, ai modi e agli effetti dell'interruzione di questa (C. 7, 40, 2; C. 7, 40, 3; C. 1, 4, 31).

In verità, dato il tenore delle costituzioni e data la loro materia, non parrebbe che esse dovessero riattaccarsi allo spoglio delle opere classiche: e certamente è da escludere che esse siano state emanate per risolvere controversie. Tuttavia io credo che l'ispirazione a ritoccare, anzi a rinnovare, questa materia sia venuta a Giustiniano dall'opera di compilazione: questo mio dubbio mi pare confermato da un esame delle costituzioni.

A nessuno è ignota l'importanza della c. 1 un. C. 7, 31, *De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum Mancipi et nec Mancipi*. Giustiniano si richiama nel principio ad alcune riforme precedenti:

Cum nostri animi vigilantia ex iure Quiritum nomen et substantiam sustulerit¹⁾ et communes exceptiones in omni loco valeant²⁾, id est X vel XX vel XXX annorum, vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est usucapionem in Italicis quidem solis rebus admittere, in provincialibus autem recludere, sed et si quis res alienas, Italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excluderentur et nullus eis ad eas reservabatur regressus, quae et nescientibus dominis procedebant: quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus.

Senza entrare qui nei particolari della riforma giustiniana, che ci porterebbero troppo lontano dal nostro assunto, è importante notare come il principio della costituzione miri ad eliminare le differenze di regime esistenti fra i fondi *in solo Italico* e i fondi provinciali. Lo affermano chiaramente anche le Inst. II, 1, 40:

...Vocantur autem stipendiaria et tributaria praedia, quae in provinciis sunt, inter quae nec non Italica praedia ex nostra constitutione nulla differentia est.

In verità noi dobbiamo ammettere che la contrapposizione tra fondi italici e fondi provinciali fosse andata già da tempo attenuan-

¹⁾ C. 7, 25, 1, *De nudo ex iure Quiritium tollendo*. Antiquae subtilitatis lumbum per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritum vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem nec ex iure Quiritum nomen, quod nihil aenigmate discrepat nec umquam videtur neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt, sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sui sive aliarum rerum ad se pertinentium.

Su questa costituzione cfr. le brevi osservazioni del Dr MARZO, *Le cinquaginta decisiones*, p. 60. Di essa mi occuperò nel mio scritto già ricordato «*I lavori preparatori della compilazione delle Pandette*».

²⁾ C. 7, 40, 1, *De annali exceptione italicis contractibus tollenda et de diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum*. Anche su questa ampia costituzione, che qui non è il luogo di esaminare, ritornerò nel lavoro citato nella nota precedente. Noto qui solamente che poichè questa c. 1 C. 7, 40 è del XV Kal. Apr. 530, la c. 1 C. 7, 25, dato l'ordine in cui le colloca Giustiniano, deve ritenersi anteriore a questa data. Si ha così un punto di riferimento per collocare la c. 1 C. 7, 25.

dosi¹⁾, e che quindi la fusione giustiniana che vuol preparare l'altra fusione fra *usucapio* e *longi temporis praescriptio* fosse, di fatto, già avvenuta. Nella nostra costituzione Giustiniano vuol compiere appunto questa unificazione ed ecco i tratti principali della sua riforma. Per Giustiniano non esiste ormai, data la fusione precedente e data l'abolizione della distinzione fra *res Mancipi* e *nec Mancipi* ch'egli dichiara nel § 5 della nostra c. 1 C. 7, 31, altra classificazione che quella di *res mobiles* (§ 2) e *res immobiles* (§ 1). Agli immobili egli applica il nome e i principi della *longi temporis praescriptio* di dieci o vent'anni; per le cose mobili egli estende il termine a tre anni e mantiene a questo modo di acquisto il nome di *usucapio*²⁾. Peraltro e per l'una e per l'altra è necessaria (§ 3) la *bona fides* iniziale³⁾: ma Giustiniano introduce poi, prendendo anche qui a prestito le regole della *longi temporis praescriptio* e facendole prevalere su quelle dell'*usucapio*, il principio dell'*accessio possessionis*, dichiarando che ai fini della prescrizione acquisitiva dovesse valere anche il possesso dell'autore, e ciò non come in diritto classico per la sola *successio* ereditaria, dove il principio è una conseguenza dei principi fondamentali dell'eredità romana, ma per tutti gli acquisti a titolo particolare sia onerosi che lucrativi⁴⁾.

Strettamente connessa con questa costituzione, della quale io non

¹⁾ Vedi su questo punto il prezioso scritto del PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio im Klass. röm. Rechte*, 1906, p. 145 e ss.

²⁾ Rilevo a questo proposito, perchè potrà servire per le ricerche sullo stile di Giustiniano, l'uso caratteristico del *quasi* nel § 2 della nostra costituzione:

...is firmo iure eam possideat, *quasi* (!) per usucapionem ei adquisitam.

³⁾ È noto, come l'espressione usata nella C. 1 § 4 C. 7, 31: ...secundum quod exigit longi temporis praescriptio..., abbia fatto dubitare, che diversi fossero i principi dell'*usucapione* anteriormente alla riforma giustiniana, e abbia fatto ritenere che per questa si esigesse la buona fede per tutto il tempo necessario ad *usucapire*. Così KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 402: e contro, PERNICE, *Labeo*, II, 1, p. 57.

⁴⁾ Su tutti questi problemi vedi il lavoro del ZANZUCCHI, *La successio e l'accessio possessionis nell'usucapione*, *Arch. Giur.* LXXII, 1904, p. 177 ss.; p. 353 ss. Il Zanzucchi ha dimostrato come il principio dell'*accessio possessionis* fosse ignoto all'*usucapione* prima di questa riforma giustiniana. Alcune critiche al Zanzucchi sono nello scritto del KRÜGER (P.) *Beträge z. accessio temporis bei der Ersitzung*, *Z. S. S.* XXVI, 1905, e riguardano soprattutto il principio contenuto nel § 3 della nostra costituzione per il quale la mala fede del successore non interrompe l'*usucapione* cominciata dall'autore a titolo lucrativo: ma vedi la replica del ZANZUCCHI, *Arch. Giur.* LXXVI, 1906, replica che mi sembra convincente e vittoriosa.

ho voluto riferire che i tratti fondamentali del resto ben noti¹⁾, che certamente non ha tratto il suo spunto da nessuna controversia incontrata nelle opere classiche, e che ha invece il carattere di una vera e propria riforma legislativa di tutta questa materia, è una costituzione che ha molto minori pretese e un campo d'applicazione più ristretto, ma che per la nostra ricerca è di importanza, a mio vedere, eccezionale. È questa la c. 13 C. 3, 34, *De servitutibus et de aqua*.

Sicut usumfructum qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus deminuebatur non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decennii vel XX annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tantummodo soli rebus adnexae sunt, sed decennio contra praesentes vel XX annorum spatio contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis differentiis explosis.

Tipicamente giustiniano è questo pareggiamento delle *ceterae servitutes* coll' *ususfructus*²⁾. Per l'usufrutto già l'imperatore, nel 530, *K. oct.*,³⁾ aveva provveduto applicandogli per la prescrizione estintiva i termini di 10 e 20 anni. Gli stessi termini applica Giustiniano alle servitù.

Che nel diritto classico l'estinzione avvenisse per il non uso durante il biennio è pacifico, e attestato da alcuni testi pervenutici all'infuori della compilazione.

Paul. *Sent.* I, 17, 1. Viam iter actum aquaeductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur...

id. I, 17, 2. Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit.

¹⁾ Vedi anche le osservazioni del GIRARD, *Manuel*⁵, p. 300 ss.: del COSTA, *Storia del dir. rom. privato*, p. 237; del KARLOWA, *R. R. G.* II, 387-410.

²⁾ Vedi soprattutto LONGO, *La categoria delle servitutes nel diritto romano classico*, *Bull. I. D. R.* XI, 1900, p. 281 ss., i cui risultati sono stati accolti dal PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, *Bull. I. D. R.* XXII, 1910, p. 109 ss. e dai più. Diversamente il COSTA, *Storia del dir. rom. privato*, p. 271, n. 2.

³⁾ C. 3, 33, 16: cfr. *Inst.* III, 10, 1.

È noto come per le servitù urbane si richiedesse anche la cosiddetta *usucapio libertatis*, cioè non solo che la servitù non fosse stata esercitata per il biennio, ma che fosse dall'altra parte usucapita la libertà del fondo, nel senso che esso fosse stato tenuto in una condizione opposta a quella in cui esso doveva trovarsi per la servitù ¹⁾.

Giustiniano peraltro nulla innova in questa materia dell'*usucapio libertatis*. Egli non vi accenna neppure nella sua costituzione e d'altra parte accoglie nel Digesto testi come la l. 6 D. 8, 2 Gai. VII ad Ed. Prov., dove la necessità dell'*usucapio* è chiaramente affermata. L'imperatore non ha voluto che introdurre un nuovo termine, sostituito al biennio, che gli sembrava troppo breve, termine identico a quello accolto per l'usufrutto. Questo nuovo termine è stato appunto nelle Pandette qua e là interpolato: così nella citata l. 6 D. 8, 2:

Haec autem iura similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiantur et ego per *statutum tempus* (biennium, GAI.) fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retines servitutem. item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per *constitutum tempus* (biennium, GAI.) habueris: alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet.

Così ancora nella l. 32 D. 8, 2 Iulian. VII Dig.

Si aedes meae serviant aedibus Lucii Titii et aedibus Publii Maevii, ne altius aedificare mihi liceat, et a Titio precario petierim, ut altius tollerem, atque ita per *statutum tempus* (biennium, IUL.) aedificatum habuero, libertatem adversus Publium Maevium usucapiam: non enim una servitus Titio et Maevio debebatur, sed

¹⁾ Un cenno di alcune incertezze che esistono in questa materia dato il diverso aspetto delle servitù positive e negative v. in GIRARD, *Manuel*⁵, p. 378.

duae. argumentum rei praebet, quod, si alter ex his servitutem mihi remisisset, ab eo solo liberarer, alteri nihilo minus servitutem deberem. § 1. Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur: quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante *statutum tempus* (biennium, IUL.) aedes possidere desiit, interpellata usucapio est. is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro *statuto tempore* (biennio, IUL.) libertatem usucapiet. natura enim servitutium ea est, ut possideri non possint, sed intellegatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

Questi due frammenti sono tolti ai libri di Gaio *ad Ed. Prov.* e di Giuliano, *Digestorum*, in cui rispettivamente veniva commentata la rubrica editale « *si servitus vindicetur* ». Ed era naturale che in questo luogo appunto fossero studiati i problemi relativi all'estinzione delle servitù per non uso, e che, come Gaio e Giuliano, Ulpiano nel suo libro XVII ad Ed. e Paolo nel suo libro XXI ad Ed. si occupassero della questione. Invece in questi punti dei due più vasti commentari editali, dei quali, com'è noto, quello di Ulpiano si può dire abbia costituito la traccia, anzi la spina dorsale, direi quasi, della compilazione, noi non troviamo più nemmeno una parola riguardante il problema, che qui ci occupa: e noi possiamo concludere che i passi relativi ad esso sono stati soppressi dai compilatori, ai cui scopi ormai era sufficiente la costituzione giustiniana: furono conservati, dopo averli rabberciati coll'interpolazione dello *statutum tempus*, i due testi di Gaio e Giuliano, perchè premeva certamente ai commissari di mettere in rilievo per le servitù urbane la mantenuta necessità dell'*usucapio libertatis*.

Questa pare a me sia stata la linea di condotta dei commissari. E a questo punto possiamo chiederci, se questa costituzione 13 C. 3, 34 sia stata provocata dal loro lavoro sulle opere classiche. Io credo che a questa domanda si possa rispondere affermativamente. Prove ed argomenti decisivi, è inutile dissimularlo, mancano, nè si può in alcun modo pensare ad una qualsiasi diversità di opinioni fra i classici. Conviene peraltro ricordare che, dal gruppo precedente di costituzioni (*K. Sept.* 531), appare come a quella data i compilatori fossero giunti alle materie trattate nel libro XV di Ulpiano *ad Edictum*: due libri più innanzi, al libro XVII, noi troviamo appunto la rubrica « *Si ser-*

vitus vindicetur», ed è questo un punto, anzi il primo punto, in cui i commissari dovevano incontrarsi nel problema dell'estinzione delle servitù. Ma essi non potevano dimenticare le riforme già introdotte da Giustiniano in questa materia e soprattutto quella relativa all'usufrutto: data la tendenza bizantina all'equiparazione di questo come servitù personale alle servitù reali, essi devono aver sentito il bisogno di introdurre anche qui un nuovo termine. E di qui deve aver tratto origine la costituzione, la quale non può essere stata emanata casualmente a questo punto e che, almeno è questa la mia impressione che spero sarà provata anche da altri studiosi, deve così indirettamente riatacciarsi allo spoglio delle opere «classiche e considerarsi come una di quelle «...*ad commodum propositi operis pertinentes*».

Non credo però che la stessa cosa si possa dire con altrettanta probabilità della costituzione un. C. 7, 31; io penso peraltro, data la somiglianza della materia, che quest'ultima, nonchè la c. 31 C. 1, 4, c. 2 e 3 C. 7, 40 riguardino tutta una serie di problemi, sui quali l'attenzione dell'imperatore, che già aveva legiferato in materia, è stata richiamata dai compilatori, i quali si trovavano ad escerpire quei libri edituali (XVI e XVII di Ulpiano, XXI di Paolo, e VII di Gaio ad Ed. Prov.) nei quali si incontravano tutti i problemi riguardanti la *rei vindicatio* e la *publiciana* e quindi l'usucapione e le interruzioni di questa, e suoi effetti, ecc. Data la coincidenza fra il punto al quale noi vediamo essere giunti i compilatori e la data delle costituzioni, mi pare si possa escludere con una certa probabilità che quella sia casuale, e che si possa pensare che le costituzioni sono state provocate dalla necessità, sentita dai compilatori, di sistemare tutta questa materia conforme alle precedenti riforme introdotte dal loro imperatore.

La c. 2 C. 7, 40, *de annali exceptione italicis contractus tollenda et de diversis temporibus et exceptionibus et interruptionibus earum*, della quale la c. 31 C. 1, 4 è un estratto¹⁾ riguarda l'interruzione della prescrizione.

¹⁾ La c. 31 C. 1, 4 corrisponde al periodo «*Sancimus-deproperet*» della nostra. Il contenuto della legge gemina è sostanzialmente identico. Vi si legge solo *in summa potestate* anzichè *in magna potestate*: manca la frase «*et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem*»: e mancano le parole «*vel defensor civitatis*», che evidentemente sono state soppresse perchè nel titolo C. I, 4, *de episcopali audientia* ecc., non interessavano.

Ut perfectius omnibus consulamus et nemini absentia vel potentia vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia, sancimus: si quando afuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, et desiderat dominus rei vel creditor suam intentionem proponere et non ei licentia sit, absente suo adversario qui rem detinet, vel infantia vel furore laborante et neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, licentia ei detur adire praesidem vel libellum ei porrigere et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere: et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. 1. Sin autem nullo poterit modo praesidem adire, saltem ad episcopum locorum eat vel defensorem civitatis et suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. Sin autem afuerit vel praeses vel episcopus vel defensor, liceat ei et proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione vel si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem sive triennii sive longi temporis sive triginta vel quadraginta annorum sit. 2. Omnibus aliis, quae de longi temporis praescriptione vel triginta vel quadraginta annorum curriculis constituta sunt sive ab antiquis legum conditoribus sive a nostra maiestate, in suo robore duraturis.

Giustiniano, in questa costituzione, non ha certamente l'intenzione di introdurre un nuovo mezzo generale interruttivo della prescrizione, ma solamente quella di provvedere ad alcuni casi speciali nei quali può difficilmente raggiungersi, per motivi di fatto o di diritto, la persona a cui favore vanno decorrendo i termini dell'usucapione o della prescrizione. Poichè di questo dobbiamo tener conto: che prescrizione e usucapione non sono ormai dopo le riforme giustinianee che due nomi coi quali si designa in realtà un solo istituto. Epperò la costituzione presuppone che l'una e l'altra fossero interrotte da una regolare chiamata in giudizio: ond'è che noi dobbiamo concludere da ciò che all'antica *usucapio* fossero ormai stati applicati anche in questa materia tutti i principî della *longi temporis praescriptio*.

Infatti, tralasciando le cause naturali di interruzione dell'usuca-

pione, noi sappiamo quanto alle cause civili¹⁾, che all'infuori della antica forma di interruzione *surculo defringendo* rammentata da Cicerone, l'usucapione non poteva venire interrotta nemmeno dalla *litis contestatio*. Ciò appare da frammenti quali la l. 17 § 1 D. 6, 1, Ulp. XVII ad Ed., l. 18 D. 6, 1, Gai. VII ad Ed. Prov., l. 20 D. 6, 1, Gai. VII ad Ed. Prov., l. 21 D. 6, 1 Paul. 21 ad Ed., l. 9 § 6 D. 10, 4, Ulp. XXIV ad Ed., l. 2 § 21 D. 41, 4 Paul. 54 ad Ed. (v. a. l. 2. D. 41, 6 Marcell. XVII Dig.)²⁾. Ma che la *litis contestatio* nella sua nuova forma e colla sua nuova struttura interrompa la *longi temporis praescriptio* appare presupposto da una costituzione di Costantino accolta nel Codice Giustiniano, c. 2 § 1 C. 3, 19, *Ubi in rem actio exerceri debet*; e le c. 10 C. 7, 37, *de acquirenda et retin. possessione* (a. 314), c. 1 C. 7, 33, *de praescriptione longi temporis*³⁾, c. 4 C. 7, 35, *quibus non obiciatur longi temporis praescriptio* (a. 292), dimostrano chiaramente che la domanda giudiziale interrompe la prescrizione, non solo a favore dell'attore, ma anche a favore dei terzi. Secondo la nostra c. 2 C. 7, 40 appare evidente, che sotto Giustiniano la domanda giudiziale interrompe e usucapione e prescrizione, che ormai formano un unico istituto, tant'è che nella sua costituzione l'imperatore ammette che lo stesso effetto interruttivo abbia in taluni casi, in cui ostacoli materiali o giuridici si oppongono all'inizio della lite, una protesta, una dichiarazione fatta con determinate forme. E allora, com'è già noto, si presenta il grave problema del modo migliore per conciliare i testi accolti nella compilazione, i quali dichiarano che l'usucapione non è interrotta dalla *litis contestatio*, e i principii che appaiono presupposti dalla c. 2 C. 7. 40. Non è questo il luogo per discutere il serio problema: l'opinione del Dernburg⁴⁾, che l'interruzione dell'usucapione mediante la *litis contestatio* giovi solo all'attore e non al terzo, e che questa sia la ragion

¹⁾ Vedi su tuttociò: GIRARD, *Manuel*⁵, p. 311; WINDSCHEID, *Pandekten*, I, § 180; DERNBURG-SOKOLOWSKI, I, § 183, p. 377.

²⁾ Il fr. 21 D. 6, 1 e il fr. 9 § 6 D. 10, 4 sono ritenuti interpolati dal BESELER, *Beiträge*, rispettivamente III, p. 180 e I, p. 17. Ma l'interpolazione non tocca il principio che qui ci interessa. Nel diritto classico a *fortiori* la semplice *denuntiatio* del dominus non interrompe l'usucapione; cfr. D. 41, 4, 13 Scaev. V Resp. (interp. *diuturnam possessionem, diuturnae possessionis*).

³⁾ Questa costituzione è peraltro profondamente rimaneggiata dai compilatori: v. FRANCKE, *Heredit. petitio*, p. 39; KRÜGER, *Codex Iust.*, ed. ster. p. V.

⁴⁾ DERNBURG-SOKOLOWSKI, I, § 183, n. 16.

d'essere di quei testi offre una spiegazione, che non mi lascia completamente soddisfatto ¹⁾).

Proseguendo in queste sue riforme, relative all' interruzione della prescrizione, e dirette a completare il sistema della prescrizione, Giustiniano trovò opportuno decidere anche un'altra questione, che, sebbene si trovi accanto a costituzioni riguardanti la prescrizione acquisitiva, verte esclusivamente intorno alla prescrizione estintiva delle azioni personali. Questa c. 3 C. 7, 40, dal principio, parrebbe avere un certo rapporto colla compilazione:

- Si ex multis causis quendam obnoxium habens, et maxime ex similibus quantitibus, in unius quidem causae summam libellum conventionis composuerit, causam tamen non expresserit, *apud veteres* agitabatur, an videatur omnes causas in iudicium deduxisse aut vetustissimam earum aut nihil fecisse, cum eius sensus incertus esse apparebat.

Senonchè questo richiamo alle discussioni dei *veteres* costituisce solamente, a mio vedere, uno dei non infrequenti sfoggi di dottrina che noi incontriamo nelle costituzioni giustiniane. Infatti il § 1 ci mette tosto in presenza di quella che è la ragion vera dell' intervento imperiale, e cioè non il desiderio di eliminare controversie dei *veteres*, quello bensì di togliere incertezze, che si andavano presentando nella pratica dei tribunali.

§ 1. Sed et in iudiciis in multis casibus tales altercationes ventilatas invenimus, et maxime propter longi temporis interruptionem. si enim personalis forte fuerat mota actio, hypothecariae autem actionis nulla mentio procedebat, quidam putabant personalem quidem esse temporis interruptione perpetuatam, hypothecariam autem evanescere taciturnitate sopitam.

L'opinione sostenuta da alcuni pratici era dunque che dell'azione personale fosse interrotta la prescrizione, ma non anche quella della connessa azione ipotecaria. (Si noti la terminologia tipicamente bizan-

¹⁾ Vedi altre opinioni in WÄCHTER, *Erörterungen*, III, p. 99 ss.; STEPHAN, *Arch. f. civ. Praxis*, XXXIV, p. 180; GRÜBER, *Einfluss der Eigentumsklage auf die Ersitzung*, 1875; WINDSCHEID, *Pand.* I, § 180, n. 7; ARNDTS, *Pand.* § 163, n. 2; BRINZ, *Pand.* I, p. 600.

tina, *personalis, hypothecaria* a.). Ma si presentava pure un altro caso d'incertezza.

§. 2. Et si quis generaliter dixerat obnoxium sibi aliquem constitutum, *aliae dubitationes emergebant*, si omnes ei competentes actiones huiusmodi narratione contineri credantur, an vero quasi silentio circa eas habito tempore expirare, nullo ex incerta libelli confectione adminiculo eis adquisito.

Nasceva il dubbio se, nel caso di pluralità di azioni promuovibili contro lo stesso debitore, la mancata indicazione precisa del fondamento dell'azione promossa dovesse far ritenere interrotta la prescrizione di tutte le azioni o di nessuna di esse.

La soluzione adottata dall'imperatore è la più pratica, o almeno la più favorevole ai creditori, ma anche quella che meno corrisponde ai principii di una, anche non troppo rigorosa, logica giuridica: decide cioè Giustiniano che in quel modo si interrompa la prescrizione di tutte le azioni.

§ 3. Sancimus itaque nullam in iudiciis in posterum locum habere talem confusionem, sed qui obnoxium suum in iudicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit, licet generaliter nullius causae mentionem habentem vel unius quidem specialiter, tantummodo autem personales actiones vel hypothecarias continentem, nihilo minus videri ius suum omne eum in iudicium deduxisse et esse interrupta temporum curricula, cum contra desides homines et sui iuris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt.

La materia della costituzione e il modo con cui i problemi sono posti ci permette di escludere che la riforma giustinianea debba riataccarsi alla compilazione. I *veteres* ai quali si allude nel principio sono molto probabilmente i vecchi maestri bizantini: ma non è da escludere, che presso costoro le discussioni e le soluzioni proposte trovassero qualche appiglio nelle opere dei giuristi classici. Così non è improbabile che coloro, i quali sostenevano che la domanda giudiziale, nel caso in cui la causa non fosse espressa, non dovesse aver valore per incertezza della stessa, argomentassero per analogia dai testi classici, in

cui si discute dell'incertezza dell'oggetto e quindi della mancanza del consenso nelle obbligazioni: cfr. D. 45, 1, 83, § 1, Paul. 72 ad Ed.

Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit. *quod et in iudiciis Aristo existimavit: sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit.*

cfr. D. 6, 1, 5 § 5, Ulp. 16 ad Ed.: D. 45, 3, 9 § 1, Ulp. 48 ad Sab.; D. 45, 3, 10, Iul. 52 Dig.; D. 45, 3, 11, Ulp. 48 ad Sab.

Altri avrebbe ancora potuto sostenere che l'azione proposta era quella dell'obbligazione più grave o, subordinatamente, della più antica, argomentando dai principii fissati per la *solutio*:

D. 46, 3, 5, pr. Ulp. 43 ad Sab.

In his enim quae praesenti die debentur, constat, quotiens indistincte quid solvitur, in graviorem causam videri solutum, si autem nulla praegravet, id est si omnia nomina similia fuerint, in antiquiorem...

cfr. D. 46, 3, 97 Pap. 2 definit. dov'è tutta una graduatoria delle obbligazioni dal punto di vista della loro gravità.

Ma in materia di *appellationes* vigeva la regola che, pur essendo proposto l'appello per un solo motivo, potessero poi farsi valere anche tutti gli altri:

D. 49, 1, 3 § 3, Ulp. 1 de appell.

Quid ergo, si causam appellandi certam dixerit, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? an vero quasi forma quadam obstrictus sit? puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit.

cfr. D. 49, 1, 93 Ulp. II Resp.

È, in fondo, ad una tendenza affine a questa, che si rintraccia nella materia dell'appello, che si ricollega la soluzione giustiniana: i *veteres* disputavano sul valore della domanda, nel caso in cui il *libellum conventionis*, presupposto il caso di un obbligato *ex multis causis et maxime ex similibus quantitativis*, contenesse la *summa unius causae*, ma senza indicazione della *causa*. Giustiniano si preoccupa invece soprattutto del punto riguardante l'interruzione della prescrizione; ma

la sua soluzione è forse quella stessa che i *veteres* avevano di preferenza applicato al caso da loro discusso.

Ripeto, in ogni modo, a scanso di equivoci, che queste c. 2 e 3 C. 7, 40 non possono riattaccarsi direttamente alla compilazione: ma credo peraltro che il ritorno di Giustiniano su queste materie, sotto questa data, non possa essere casuale e che la sua attenzione vi sia stata richiamata dal fatto che in materia di *rei vindicatio* e di *actio publiciana* i compilatori si sono imbattuti nei problemi dell'usucapione e hanno ritenuto opportuno provocare dall'imperatore talune costituzioni allo scopo di completare il sistema; costituzioni, in seguito alle quali la maggior parte dei testi classici (v. la rubrica *si servitus vindicetur* nei commentarii *ad Ed.*) sono stati soppressi, e i due o tre rimasti furono interpolati.

*
* *

Sotto la data *XV K. Nov.* noi incontriamo due costituzioni, le quali molto probabilmente sono solamente parti di un'unica costituzione, spezzata poi durante la compilazione del secondo codice: sono queste la c. 9 C. 4, 54, *De pactis inter empt. et vendit.*, e la c. 7 C. 4, 51 *De rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca*.

L'esame che faremo di entrambe ci mostrerà il nesso che fra esse intercede: cominciamo quindi dalla prima, c. 9 C. 4, 54:

Si quis ita paciscatur in venditionis vel alienationis contractu, ut novo domino nullo modo liceat in loco vendito vel alio modo sibi concesso monumentum extruere vel alio modo humani iuris eum eximere, sancimus, licet hoc apud veteres dubitabatur, tale pactum ex nostra lege esse fovendum et immutatum permanere. § 1. Forsitan enim multum eius intererat, ne ei vicinus non solum quem nollet adgregetur, sed et pro quo specialiter interdictum est. cum etenim venditor vel aliter alienator non alia lege suum ius transferre passus est nisi tali fretus conventionem, quomodo ferendum est aliquem captionem ex varia pati eum interpretatione?

La chiara decisione dell'imperatore - non vale la pena di fermarsi a commentare la giustificazione contenuta nel § 1, giustificazione fondata sull'interpretazione della volontà del venditore - si troverebbe

anche secondo la maggior parte degli scrittori recenti ¹⁾ in contraddizione col principio affermato da Pomponio, IX ad Sab., nella l. 61 D. 2, 14:

Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet.

Gli antichi scrittori tentarono tutte le vie possibili per la conciliazione di questo passo colla costituzione giustiniana ²⁾. In fondo il principio accolto da Giustiniano corrisponde a quello affermato dai compilatori colla corruzione del testo di Gaio nella l. 48 D. 2, 14.

In [*traditionibus*] (mancipationibus.) [*rerum*] quodcūque pactum sit id valere manifestissimum est ³⁾.

Ma i Bizantini eliminarono facilmente la contraddizione, pensando che Pomponio non avesse presente un caso di vendita, bensì quello in cui un proprietario si fosse per patto imposto quella limitazione dell'uso del suo fondo: gli scolii dei Basilici (XI, 7, 60, soprattutto lo sc. "Η αὖν ἐπερώτησις, ch'è però molto tardo) sono anche qui stati dimenticati, quantunque per lo stato delle dottrine bizantine tanto importanti. Ma noi non possiamo certo accettare questa conciliazione fatta dagli interpreti greci.

Pomponio, come già vide il Noodt ⁴⁾, e come affermò decisamente il Pernice ⁵⁾, doveva invece proprio aver presente un caso di vendita, posto che il frammento ⁶⁾ deriva da quel libro IX ad Sab. in cui il giurista trattava appunto della vendita: e quindi non si può escludere la contraddizione palese del pensiero di Pomponio colla soluzione adottata dall'imperatore.

Inoltre nelle fonti noi incontriamo un testo di Paolo, XXVII ad Ed., l. 11 D. 11, 7, in cui è esposto un caso simile a quello di Pomponio,

¹⁾ Vedi tra i più recenti, DI MARZO, *Le quinquaginta decisiones*, p. 81.

²⁾ Puoi vedere la bibliografia relativa in SCHULTING, *Notae ad h. l.*

³⁾ A me non sembra improbabile che tutta la frase sia un raffazzonamento bizantino di un testo classico, il cui tenore preciso è impossibile ricostruire.

⁴⁾ *De pactis*, c. 11 extr.

⁵⁾ *Labeo*, III, 1, 141, n. 1.

⁶⁾ V. *Pal. Pomp.* 531.

nel quale peraltro il giurista ritiene la necessità di una *stipulatio* perchè il patto abbia efficacia:

Quod si locus monumenti hac lege venierit ne in eum inferrentur quos ius est inferri pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet.

Ancora deveasi notare che, anche nel pensiero dei giuristi classici non si trattava qui di convenzioni aventi effetti reali, di costituzione cioè di servitù¹⁾, ma solamente di patti, analoghi ai patti di divieto di alienazione, con efficacia puramente personale. Ma anche posti i casi su questa linea appare dai luoghi citati che Paolo richiedeva per la validità la *stipulatio*, e che un semplice *pactum* anche per lui come per Pomponio non aveva valore.

Non è da escludere che Giustiniano ci abbia anche qui, dato il modo sommario con cui si esprime, esposto inesattamente lo stato della dottrina classica: non è improbabile che in questa le discussioni vertessero intorno al punto, se si dovesse riconoscere al *pactum* aggiunto alla vendita la stessa efficacia della *stipulatio*, e che Giustiniano abbia voluto togliere di mezzo ogni incertezza anche per ragioni pratiche, data anche la degenerazione subita dalla *stipulatio*²⁾. Il motivo messo innanzi dall'imperatore a giustificare l'ammessa validità del patto, e cioè l'interesse che può avere il venditore a che il fondo venduto non sia adibito a quello scopo, è poi tipico della legislazione giustinianea: vero è che in materia di servitù si ritrova questa considerazione dell'interesse in un testo di Pomponio, XXXIII ad Sab., D. 8, 1, 15, pr.

¹⁾ La costituzione di servitù mediante un patto era possibile, secondo quella che mi pare la teoria più sicura, nel diritto classico solo riguardo ai fondi provinciali. Diversamente la dottrina meno recente accolla dal GIRARD, *Manuel*², p. 374, e ancor difesa dal KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, 1911: ma vedi RABEL *Die Haftung des Verkäufers*, I, 1902, p. 62; *Mélanges Girard*, II, 1912, p. 389 ss.; PETERS, *Z. S. S.* 1922, p. 506; COLLINET, *Études historiques*, I, p. 162; *Mél. Girard*, I, 1912, p. 185 ss.; ALBERTARIO, *La protezione pretoria delle servitù romane*, estr. dal *Filangieri*, 1912; BESELER, *Litt. Zentralbl.*, 1912, 123; BERGER, *Zeitschr. d. Grunhut*, 1913, XL.

²⁾ Alquanto diversamente si rappresenta il PERNICE, *Labeo*, III, 1, 141, i precedenti della costituzione. Ricordo ancora che il Cuiacio per conciliare Pomponio con Paolo supponeva che il secondo avesse presente un caso di *stipulatio poenae*: ma v. SCHULTING, *ad h. l.*; CUIAC. *Obs.* II, 37.

Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas: et ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia.

Ma io ho parecchi dubbi che, anche più profondamente di quanto ha ritenuto il Longo¹⁾, sia corrotta la prima parte del passo che offre una costruzione non poco barocca; infatti oltre la contrapposizione fra *servitutes hominum* e *praediorum*, è certo indizio di rimaneggiamento il trovare affermato due volte, come se l'una affermazione fosse giustificazione dell'altra, che la servitù non può esistere nel caso d'assenza d'interesse: *Quotiens . . . servitutes non sunt*, quia nihil vicinorum interest, *non valet*. E poichè ci troviamo in materia di servitù, osserverò pure che la soluzione adottata da Giustiniano è anche conforme ai nuovi principii bizantini accolti dall'imperatore in materia di costituzione di servitù²⁾: veramente noi non possiamo affermare se l'imperatore nella c. 9 C. 4, 54 pensasse ad una servitù o, come i giuristi classici, ad un patto avente solo efficacia personale; ma poichè la *traditio-pactum*, come la chiama il Collinet, aveva nel diritto bizantino efficacia costitutiva di servitù, non deve far meraviglia che l'imperatore, sia, avendo presente un'efficacia reale, sia, e tanto più, ove tenesse conto della sola efficacia personale, abbia riconosciuto valore a quei patti.

Colla c. 9 C. 4, 54 deve certamente collegarsi per la materia la c. 7 C. 4, 51, *De rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca*³⁾.

Sancimus sive lex alienationem inhihuerit sive testator hoc fecerit sive pactio contrahentium hoc admisierit, non solum domini alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohiben-

¹⁾ *Bull. I. D. R.* XI, 1900, p. 331. Il Longo sostituisce a *servitutes sunt, ius est*.

²⁾ Vedi da ultimo COLLINET, *Mélanges Girard*, I, p. 194 ss.; v. a. gli autori citati nella nota 1 a pag. 51.

³⁾ Vedi anche DI MARZO, *I. c.*, p. 81, del quale mi sembrano esatte le critiche mosse all'opinione emessa dal GRADENWITZ, *Bull. I. D. R.* II, 1889, p. 15, che la generalizzazione della c. 7 C. 4, 51 sia stata fatta solo all'epoca della compilazione del secondo codice.

dam, sed etiam usus fructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo et servitutes minime imponi nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionibus auctoritas vel testatoris voluntas vel pactionum tenor qui alienationem interdixit aliquid tale fieri permiserit.

Qui non abbiamo certamente nessun richiamo a difficoltà incontrate dai compilatori nel loro lavoro: si tratta più che altro di una disposizione diretta a interpretare il significato dell'espressione *alienatio*, allo scopo di eliminare incertezze sorte nella pratica riguardo alla portata dei divieti di alienazione imposti o da leggi o da disposizioni testamentarie o da patti contrattuali. E Giustiniano dichiara, che, all'infuori del caso in cui sia stata fatta espressa eccezione dalle costituzioni, dal testatore o dai contraenti, il divieto di alienazione comprenda pure il divieto di concedere usufrutti e di sottoporre la cosa a pegno o ipoteca o a servitù e di concedere diritti enfiteutici. Qui, come giustamente nota il Di Marzo, abbiamo una di quelle disposizioni di ordine generale soggiunte dall'imperatore alla decisione di una controversia.

Epperò per la ricerca del riattacco della c. 9 C. 4, 54 questa seconda costituzione non ci offre nessun sussidio: tuttavia il campo delle indagini dirette a questo scopo non è soverchiamente vasto. Il chiaro modo con cui si esprime l'imperatore ci rimanda alla materia della compravendita: ma i libri edittali relativi a questa materia sono fra quelli aggregati alla massa Sabiniana. Pertanto le nostre indagini possono limitarsi alla massa Sabiniana e alla Papiniana. Ora nella massa Sabiniana e precisamente nei commenti *ad Sabinum* la compravendita era trattata rispettivamente nei libri 28, 29 di Ulpiano, 9 di Pomponio e 5 di Paolo *ad Sabinum*; ma noi sappiamo ormai per esperienza che guida principale in questa materia erano i libri di Ulpiano e abbiamo veduto i compilatori occupati appunto alla nostra data XV K. Nov. colla materia contenuta nei libri XV-XVII di Ulpiano *ad Sabinum*: ora noi non possiamo ammettere un salto dal libro XVI al XXVIII, anche perchè nel gruppo seguente troveremo costituzioni dedicate a materie contenute in libri intermedi fra quelli. Perciò converrà volgersi alla massa Papiniana. Ora noi vedemmo, a proposito

del gruppo precedente *K. Sept.* come la c. un. C. 7, 47, *De sententiis quae pro eo quod interest proferuntur* sia da riattaccare molto probabilmente appunto al tema della compravendita e come pertanto essa abbia avuto origine dallo spoglio del libro III de *Responsa* di Papiniano (cfr. D. 22, 1, 18 pr. = Vat. Fr. 17). Vero è che abbiamo anche ritenuto che la c. 3 C. 6, 43, così importante per la materia del *legatum optionis*, debba congiungersi col libro VII della stessa opera di Papiniano, e che quindi parrebbe necessario cercare il riattacco della costituzione nei libri a quello successivi. Ma noi non dobbiamo credere, e il dubbio fu già emesso dal Longo, che proprio le costituzioni siano sempre state emanate seguendo l'ordine preciso dei libri spogliati e parallelamente sempre al lavoro: non è escluso che qualche decisione sia stata rimandata o ritardata per ragioni che noi non possiamo certo divinare: epperò quand'anche la c. 9 C. 4, 54 dovesse proprio, com'io ritengo, congiungersi col libro III dei *Responsa* di Papiniano, il valore dei risultati fin qui ottenuti, data la certezza di altri riattacchi, non sarebbe affatto diminuito.

Così anche questo gruppo XV *K. Nov.* ci rivela, quantunque qua e là qualche incertezza offuschi la chiarezza delle conclusioni, l'ordine e il metodo tenuto dai commissari nella compilazione. Le costituzioni si distribuiscono nelle diverse masse secondo lo specchio seguente:

SAB.	ED.	PAP.
6, 23, 30	6, 49, 7	4, 54, 9?
4, 1, 13	[7, 31, un.] ¹⁾	•
3, 33, 17	3, 34, 13	
1, 11, 1?	[1, 4, 31]	
	[7, 40, 2]	
	[7, 40, 3]	

Così si completano e si rafforzano *vicissim*, e ciò ancor più vedremo nei gruppi seguenti, i risultati di queste mie indagini.

(*Continua*).

P. DE FRANCISCI.

¹⁾ Chiudo tra parentesi quadre le costituzioni, il cui rapporto colla compilazione è solo indiretto.

IL CONCUBINATO E LA LEGISLAZIONE AUGUSTEA

1. È opinione pacifica fra gli storici del diritto romano che il concubinato fosse contemplato dalla legislazione augustea. Quando però si tratta di ricostruire il pensiero d'Augusto a questo proposito, gli scrittori si dividono nettamente in due gruppi. Gli uni sostengono che il concubinato ebbe da Augusto una vera e propria sanzione legale ¹⁾, gli altri, propensi a scorgere nel concubinato, anzichè un istituto giuridico, un mero rapporto di fatto, riducono l'intervento d'Augusto in termini più modesti. Egli si sarebbe occupato del concubinato solo per esentarlo dalle pene dello *stuprum* nella *lex Iulia de adulteriis*, e per distinguerlo dal matrimonio nella *lex Iulia et Papia Poppaea* ²⁾.

La controversia ha potuto sorgere e mantenersi perchè gli scrittori in questione non si sono prefissi il compito di esaminare i testi fondamentali al lume della critica interpolazionistica.

In questo scritto mi propongo appunto di dimostrare che le ll. 35 pr., D. 48, 5; 3, D. 25, 7 furono alterate dai compilatori, e che noi,

¹⁾ MERILLIUS, *Variantium ex Cuiacis*, lib. 1, cap. 34; HEINECCIUS, *Ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, lib. 2, cap. 4; *Antiquitatum romanarum*, adp. lib. 1, cap. 1, 38; GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (trad. it.), 25, pp. 364-365; BÖCKING, *Istituzioni* (trad. Squitti), II, § 38, 4; MAYNZ, *Cours de Droit romain*, III, p. 78; PADELLETTI-COGLIOLO, *Storia del diritto romano*, p. 482; ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, I, § 100 (con qualche riserva); MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, p. 693

²⁾ GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme*, pp. 553-554; BRINI, *Matrimonio e divorzio*, I, pp. 193-194; MEYER, *Der römische Concubinatus*, pp. 29-30; COSTA, *Storia del diritto romano privato*, p. 57; *Il concubinato in Roma*, *Bull. dell'Ist. di diritto romano*, vol. XI (1898), pp. 233 e sgg.; GIRARD, *Manuel*, pagine 182-183; ROBY, *Roman Private Law*, p. 163; PEROZZI, *Istituzioni*, I, p. 252.

in base alle affermazioni genuine dei giureconsulti classici, possiamo radicalmente escludere il concubinato dal campo delle riforme matrimoniali d'Augusto.

2. Cominciamo ad esaminare la l. 35 pr., D. 48, 5.

Modestinus *libro primo regularum*.

« Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina ».

Da questo testo sembra risultare che ogni relazione sessuale fuori del matrimonio con una donna libera costituiva stupro, il concubinato escluso. L'unico scrittore, che abbia creduto di non poter attribuire questo principio alla *lex Iulia de adulteriis*, è il Kübler¹⁾: egli ritiene che le parole *excepta videlicet concubina* spettino « den laxeren Anschauungen der Zeit des Marcian und Modestin » o piuttosto ai consiglieri « des dem Concubinate freundlicher gesinnten Iustinian ». Io credo che ogni dubbio debba essere posto da parte: le parole *excepta videlicet concubina* sono un tribonianismo per ragioni formali e sostanziali.

Exceptus all'ablativo assoluto, accompagnato da *scilicet* e specialmente da *videlicet*, è un'espressione assai cara a Giustiniano. Col sussidio dell'ottimo *Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano* del Longo ho potuto fare questa piccola statistica.

Excepta scilicet: C. 1, 2, 19.

Exceptis scilicet: C. 1, 5, 21, 1.

Excepta videlicet: C. 1, 2, 21, 1; 3, 33, 16, 3. Nov. 23, 1. App. 7, 1.

Exceptis videlicet: C. 2, 55, 5, 2; 6, 61, 8, 5; 8, 17, 12, 7; 8, 36, 5, 3; 6, 51, 1, 5; 5, 3, 19, 3. *Inst.* 2, 9, 1; 2, 20, 36.

Ancor più grave dell'argomento formale è quello che si deduce dal confronto con la l. 1 § 1, D. 25, 7.

Ulpianus *libro secundo ad legem Iuliam et Papiam*.

« Cum Atilicino sentio et puto solas eas in concubinato haberi posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur ».

¹⁾ KÜBLER, *Rec. Meyer, Zeitschrift der Sav. Stiftung für Rechtsgeschichte*, XIII, (1896), p. 361.

Atilicino e Ulpiano dicono proprio l'opposto di quello, che affermerebbe Modestino; secondo essi non il concubinato come tale era esente dalle pene dello *stuprum*, ma si potevano tenere come concubine solo quelle donne, con le quali non si commetteva stupro. Siccome il testo di Ulpiano è sicuramente genuino, nè una contraddizione fra Ulpiano e Modestino è ammissibile, bisogna concludere con certezza quasi matematica che le parole *excepta videlicet concubina* furono inserite da Giustiniano.

Confermata così la felice intuizione del Kübler, non credo di poterlo seguire là, dove egli afferma che, secondo i rigidi concetti della legislazione augustea, ogni relazione sessuale con una donna libera (fatta eccezione per il concubinato dei senatori con le liberte) costituiva stupro. Io credo che le fonti ci permettono di determinare alcune categorie di donne libere ¹⁾, cui la *lex Iulia de adulteriis* esentava dalle pene dello *stuprum*, in modo da poter purgare il testo di Modestino da un'altra deturpazione giustiniana.

1. *Libertine.*

Dal momento che Ulpiano abbraccia senza riserve la massima di Atilicino (*cum Atilicino sentio et puto*), a tenore della quale si possono avere come concubine solo quelle persone, con cui non si commette stupro, se egli riconosce che una categoria di donne può vivere impunemente in istato di concubinato, vuol dire che egli la stima esente dalle pene dello stupro. E siccome noi non abbiamo notizia di modifiche radicali della *lex Iulia de adulteriis*, nel periodo che va da Augusto a Ulpiano, dobbiamo concludere che l'esenzione è da riferirsi alla legge stessa.

Orbene Ulpiano dichiara non solo lecito, ma onorevole il concubinato della liberta col suo patrono.

l. 1 pr., D. 25, 7. Ulpianus *libro secundo ad legem Iuliam et Papiam*.

« Quae in concubinato est, [an] ab invito patrono poterit discedere et alteri se aut in matrimonium aut in concubinatum

¹⁾ È fuori di discussione che le relazioni sessuali con la schiava propria ed altrui non cadono sotto il concetto dello *stuprum*. Vedi l. 6 pr., D. 48, 5; PAUL. *Sentent.*, II, 26, 16 (su cui però cfr. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, p. 33); l. 24, C. 9, 9.

dare? ego quidem probo in concubina adimendum ei conubium si patronum invitum deserat, quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matrem familias habere ».

l. 14 (13) pr., D. 48, 5. Ulpianus *libro secundo de adulteriis*.

« Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit ».

Il concubinato con la liberta altrui, sebbene meno decoroso, è pienamente lecito: ciò pure risulta dai testi citati di Ulpiano. Di fatto la liberta, concubina del patrono, col permesso di lui può concedersi ad altri, perdendo s' intende il nome e la dignità di matrona. Questo principio è affermato chiaramente da Marcello.

l. 41 § 1, D. 23, 2. Marcellus *libro vicesimo sexto digestorum*.

« Et si qua se in concubinatu alterius quam patroni tradidisset, matris familiae honestatem non habuisse dico ».

La tesi è suffragata da un' interessante analogia, su cui occorre richiamare l'attenzione del lettore.

La relazione sessuale con una persona di sesso maschile era punita dalla *lex Scantinia* di epoca indeterminata con una multa di 10,000 sesterzi, dal diritto imperiale con la morte e con la deportazione ¹⁾. Orbene uno degli estremi del reato è la qualità di ingenuo nella parte passiva: schiavi e libertini possono essere impunemente stuprati.

Quintilian., *Inst.*, 4, 2, 69.

« Ingenuum stupravit stuprator decem milia, quae poena stupratori constituta est, dabit ».

Paulus, *Sentent.*, 5, 4, 14.

« Qui puero praetextato stuprum aliudve flagitium abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit . . . perfecto flagitio capite punitur, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur ».

¹⁾ MOMMSEN, *op. cit.*, pp. 703-704.

2. *Ingenue.*

a) *Mezzane e attrici.*

l. 11 (10) § 2, D. 48, 5. Papinianus *libro secundo de adulteris.*

« Mulier, quae evitandae poenae adulterii gratia lenocinium fecerit aut operas suas in scaenam locavit, adulterii accusari damnarique ex senatusconsulto potest ».

La specie, risolta dal senatusconsulto, dovette essere la seguente: una donna onesta, passata a nozze, si diede ad esercitare il lenocinio o l'arte teatrale per sfuggire alle pene dell'adulterio. Il senato ravvisò in questo atto un tentativo di frodare la *lex Iulia de adulteriis*, e decise che le statuizioni di questa venissero applicate. Il testo di Papiniano ci fornisce la prova che le mezzane e le attrici non sottostavano alle disposizioni della *lex Iulia de adulteriis*: quindi la relazione sessuale con esse non costituiva *stuprum*.

b) *Adultere.*

l. 1 § 2, D. 25, 7. Ulpianus *libro secundo ad legem Iuliam et Papiam*

« Qui autem damnatam adulterii in concubinato habuit, non puto lege Iulia de adulteriis teneri, quamvis, si uxorem eam duxisset, teneretur ».

Per il noto principio, che possono aversi come concubine solo quelle persone *in quas stuprum non committitur*, bisogna concludere che il coito con la *damnata adulterii* non entra nella figura dello *stuprum*.

c) *Meretrici.*

l. 14 (13) § 2, D. 48, 5. Ulpianus *libro secundo de adulteriis.*

« Sed et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerat, quamvis si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur ».

La relazione sessuale con la prostituta, libera da vincolo coniugale, non costituisce *stuprum*.

d) *Obscuro loco natae.*

Come vedremo fra poco, la *lex Iulia de adulteriis* esentava dalle pene dello stupro le *obscuri loco natae*, cioè le donne, il cui padre o la cui madre avessero esercitato l'*ars ludicra*.

Riassumendo: le libertine e, fra le ingenue, le mezzane, le attrici, le adulate, le meretrici e le *obscuro loco natae* andavano esenti dalle pene della *lex Iulia*¹⁾.

Il testo di Modestino si può dunque ricostruire a un dipresso così:

« Stuprum committit, qui honestam et ingenuam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet ».

3. Passiamo ora allo studio della l. 3, D. 25, 7.

Marcianus libro duodecimo institutionum.

« In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere: § 1. Nec adulterium per concubinum ab ipso committitur. nam quia concubinus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit ».

Le parole « *et maxime ... fecit* » sarebbero, secondo il Mitteis²⁾, interpolate. Con tutto il rispetto per l'insigne romanista di Lipsia, non mi sembra che questa volta egli abbia avuto la mano felice. Anzi tutto la frase « *quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit* » è stilisticamente corretta, in secondo luogo noi sappiamo già che la meretrice non sottostava alle pene dello *stuprum* e di conseguenza poteva vivere in istato di concubinato. Un dubbio rimane per la *obscuro loco nata*, ma anch'esso scompare di fronte al seguente passo di Ulpiano.

¹⁾ Non la *lex Iulia de adulteriis*, ma la legislazione imperiale sottrasse alle pene dell'adulterio (e quindi anche dello stupro) alcune categorie di donne di minor conto.

PAUL., *Sentent.*, II, 26, 11.

« Cum his, quae publice mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit ».

Vedi anche l. 28, C. 9, 9=C. Th. 9, 7, 1.

²⁾ MITTEIS, *Romanistische Papyrusstudien*, III, *Zeitschrift der Sav. Stiftung für Rechtsgeschichte*, 23, R. A., pp. 304-314.

Ulp., *liber sing. reg.*, 13, 1.

« Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae *quarumve pater materve artem ludicram fecerit* item corpore quaestum facientem ».

Se le donne *quarum pater materve artem ludicram fecerit* erano così disprezzate dall'opinione pubblica, da poter essere accomunate alle libertine e alle meretrici nel divieto matrimoniale di Augusto, è verisimile ammettere che anch'esse, al pari delle libertine e delle meretrici, andassero esenti dalle pene dello *stuprum* e fossero quindi libere di concedersi come concubine. Non è dunque temerario identificare le *obscurum loco natae* con le donne *quarum pater materve artem ludicram fecerit*, ciò che del resto fu già sostenuto dai vecchi scrittori ¹⁾, sebbene non si possa escludere in modo assoluto che la prima categoria fosse un po' più larga ed elastica, tale insomma da sfuggire a una precisa determinazione.

L'interpolazione, a parer mio, si ridurrebbe a *et maxime*. Questa locuzione è un tribonianismo comunissimo ²⁾, e poi, mentre non ha senso nel discorso del giureconsulto, sta benissimo in bocca a Giustiniano, il quale, come vedremo, ammise al concubinato tutte le ingenuae, e quindi dovette sentire il bisogno di far notare che l'enumerazione di Marciano aveva un valore meramente esemplificativo.

Respinta l'interpolazione, come è sostenuta dal Mitteis, cade anche la sua deduzione che ai tempi del giureconsulto qualsiasi ingenua potesse vivere in istato di concubinato: tuttavia, siccome il chiaro autore suffraga questa opinione con argomenti estranei alla l. 3, D. 25, 7, converrà esaminarli a parte a parte.

1. Noi possediamo parecchie iscrizioni, in cui delle ingenuae figurano come concubine: in questo i cittadini seguivano l'esempio degli stessi imperatori, perchè noi sappiamo che Marco Aurelio, dopo la morte di Faustina, ebbe in concubinato la figlia del *procurator* della defunta sua moglie ³⁾.

¹⁾ GLÜCK. *op. cit.*, p. 397.

²⁾ BONFANTE, *Storia del diritto romano*, p. 686.

³⁾ *Vita Marci*, 29 « Enisa est Fabia, ut Faustina mortua in eius matrimo-

Questo argomento, a parer mio, non ha molto peso. Anzitutto niente esclude che si trattasse di ingenue appartenenti a quelle categorie, che la *lex Iulia de adulteriis* esentava dalle pene dello stupro, in secondo luogo è probabile che le draconiane sanzioni della legislazione augustea venissero applicate con una certa rilassatezza.

2. Nè più grave è l'argomento che si pretende desumere dalla l. 5 D. 25, 7.

Paulus *libro secundo sententiarum*.

« Concubinam ex ea provincia, in qua quis aliquid administrat, habere potest ».

Secondo il Mitteis, in questo passo « schwerlich bloss an Freigelassene, Prostituirte und Peregrine gedacht ist ». Per contro io credo che solo di queste Paolo intendeva parlare. Di fatto i giureconsulti e le costituzioni imperiali permettevano ai governatori di tenere come concubine delle donne provinciali, non solo perchè il concubinato era un'unione meno stabile e solenne del matrimonio, ma e soprattutto, perchè le concubine non potevano essere che donne di bassa estrazione, sprovviste di appoggi e di influenze nella provincia.

3. Il terzo argomento si fonda sulla l. 16 § 1, D. 34, 9.

Papinianus *libro octavo responsorum*.

« Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quae se non patroni concubinam esse patitur, eius, qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur. idque in testamento Coccei Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique principes nostri iudicaverunt: cuius filiam, quam alumnam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellaverat, vulgo quaesitam apparuit ».

nium coiret. sed ille concubinam sibi adscivit procuratoris uxoris suae filiam, ne tot liberis superduceret novercam ».

Cfr. Suet., *Vesp.*, 3. « Post uxoris excessum Caenidem, Antoniae libertam et a manu dilectam quondam sibi revocavit in contubernium, habuitque etiam imperator paene iustae uxoris loco ».

Di questo passo, molto travagliato dagli interpreti, il Mitteis per il primo ci ha dato una spiegazione soddisfacente.

Il senatore (*vir clarissimus*) Cocceio Cassiano aveva avuto in concubinato (*honore pleno dilexerat*) una donna ingenua, Rufina, che gli partorì una figlia: Cassiano morendo istituisce erede la figlia e lascia un legato a Rufina. La validità del legato è impugnata per il seguente motivo: dal momento che il testatore ha designato la figlia come *alumna*, Rufina non era la sua moglie legittima; si tratta quindi di una *stupro cognita*, incapace di ricevere per testamento. Gli imperatori, pur riconoscendo che Rufina non era moglie legittima di Cassiano, perchè la figlia *vulgo quaesitam apparuit*, si pronunciano per la validità del legato, *quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quae se non patroni concubinam esse patitur*.

Ammetto fin qui l'ingegnosa spiegazione del Mitteis, ma non mi sento di concludere con lui che Rufina era una *ingenua honesta*. Secondo me gli impugnatori della validità del legato, per colorire la loro asserzione, che nella fattispecie era stato consumato un reato di stupro, devono aver richiamato l'attenzione degli imperatori sul fatto che Rufina non era una liberta di Cassiano, prospettando così il caso più frequente di concubinato lecito e decoroso. Gli imperatori devono essersi limitati a rispondere che ci sono delle donne ingenue, esenti dalle pene dello stupro: questo, e non altro, significano le parole « *quoniam ... patitur* », probabilmente accorciate e guastate dai compilatori. Rufina non era nè una liberta, nè una *mulier probrosa*, perchè Domiziano rese *incapaces* le *mulieres probrosae*¹⁾, sotto la quale denominazione si comprendono le meretrici e le attrici, e fors' anche le mezzane e le adultere, ma nulla esclude che fosse una *obscurum loco nata* o una di quelle *quae publice mercibus vel tabernis exercendis procurant*.

Concludendo, la massima di Ulpiano, secondo la quale si possono avere come concubine solo quelle donne, *in quas stuprum non committitur*, non è, secondo l'affermazione del Mitteis, un puro dottrinarismo, un vieto ricordo storico, ma corrisponde al diritto vigente al tempo del giureconsulto.

¹⁾ SUET., *Domitianus*, c. 8 « *Probris feminis lecticae usum ademit iusque capiendi legata hereditatesque* ».

Se i rilievi precedenti sono esatti, le parole « *alioquin... committere* » non si possono attribuire interamente a Giustiniano, come sembrerebbe risultare dallo studio del Mitteis. Cerchiamo di vedere quanto c'è di classico, e quanto di triboniano nel frammento di Marciano.

La frase *sine testatione hoc manifestum faciente* è interpolata per opinione comune. *Manifestum facere* è un noto tribonianismo¹⁾; di più, come osserva egregiamente il Bonfante²⁾, il sistema della dichiarazione nel concubinato con donna ingenua e onorata fa riscontro alle forme imposte per lo stesso motivo nel matrimonio fra gli *impares honestate* [l. 23 § 7, D. 5, 4].

Il Perozzi va più oltre e ritiene interpolata tutta la frase « *alioquin.... conceditur* », con cui si ammette una possibilità che, secondo il chiaro autore, contrasta coll'essenza e la ragione storica del concubinato³⁾. Io non credo che il Perozzi questa volta abbia colpito nel segno.

Le iscrizioni ci rivelano che nella pratica della vita il concubinato con donne ingenuae era abbastanza frequente, onde bisogna ammettere, lo ripetiamo, che le statuizioni della *lex Iulia de adulteriis* venissero applicate con una certa rilassatezza. Di qui la necessità per i giuristi di riaffermare i puri principii. Del resto la protasi di questo periodo « *alioquin.... maluerit* » è classica per ragioni stilistiche.

Alioquin, nel senso di altrimenti, ricorre frequentemente nelle Istituzioni di Gaio⁴⁾, nel *Liber singularis regularum* di Ulpiano⁵⁾, nelle *Sententiae* di Paolo⁶⁾: Gaio ci presenta ben sette esempi di *alioquin* si col presente o il perfetto del soggiuntivo nella protasi⁷⁾. Per contro *alioquin* è straniero alle costituzioni di Giustiniano; ricorre, è vero, quattro volte⁸⁾ in brani certamente giustiniani delle

1) KALB, *Das Juristenlatein*, p. 80.

2) BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*⁵, p. 188, n. 1.

3) PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. 1, p. 251, n. 2.

4) GAI, *Institut.*, I, 24, 76, 141; II, 31, 118, 122, 123, 127, 196, 248; III, 140, 141, 160, 179; IV, 52, 123, 131.

5) ULP., *Ltb. sing. Reg.*, XXII, 23.

6) PAUL., *Sentent.*, I, 18, 4; V, 4, 18.

7) GAI, *Institut.*, I, 76; II, 31, 123; III, 140, 179; IV, 123, 131.

8) I. I, 1, 2; III, 29, 3a; IV, 13, 6; VI, 18, 12.

Istituzioni, ma ciò si può spiegare, pensando che i compilatori delle Istituzioni dovevano avere nell'orecchio lo stile dei classici, e specialmente di Gaio.

Mulier honestae vitae è classico: l'espressione, straniera alle costituzioni di Giustiniano, ricorre in questi due frammenti, che non presentano sospetti di interpolazione.

L. 3 pr., D. 22, 5. Callistratus *libro quarto de cognitionibus*.

« Testium fides diligenter examinanda est. ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeius sit: et an *honestae et inculpatae vitae* an vero notatus quis et reprehensibilis ».

L. 3 § 2, D. 50, 2. Ulpianus *libro tertio de officio proconsulis*.

« Spurius posse in ordinem allegi nulla dubitatio est: sed si habeat competitorem legitime quaesitum, praeferri eum oportet (*del. Mo.*) divi fratres Lolliano Avito Bithyniae praesidi rescripserunt. cessantibus his etiam spurii ad decurionatum *et re et vita honesta* recipientur ».

Malle = *velle*, specialmente al perfetto del soggiuntivo, è un tribonianismo¹⁾. Ma, nel nostro frammento, *maluerit* ha il significato proprio di preferire: di fatto il giureconsulto contempla il caso di chi non s'appaga di tenere come concubina una di quelle donne, *in quas stuprum non committitur*, sibbene preferisce vivere fuori del matrimonio con una donna ingenua e onorata.

La frase « *sed necesse... committere* » è certamente interpolata: lo stile è sciatto, il concetto si riduce a un'inutile ripetizione.

Il § 1 del nostro frammento è per solito ritenuto genuino.

« Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur. nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit ».

Adulterium in questo luogo sta per *stuprum*. Noi sappiamo che la *lex Iulia de adulteriis* adoperava indifferente *adulterium* e

¹⁾ KALB, *op. cit.*, p. 70, n. 1; 80, n. 6.

*stuprum*¹⁾, di modo che è facilmente spiegabile qualche oscillazione nella terminologia dei giureconsulti²⁾).

Il giro di frase *adulterium per concubinatum committitur* è classico, come risulta dai testi seguenti.

l. 39 (38) § 3, D. 48, 5. Papinianus *libro trigensimo sexto quaestionum*.

« Nonnumquam tamen et in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius quam adulterii tractari solent: si modo *incestum per matrimonium illicitum contractum sit* ».

l. 40 (39) § 8, D. 48, 5. Papinianus *libro quinto decimo responsorum*.

« De servis quaestionem in dominos incesti postulatō ita demum habendam respondi, si *per adulterium incestum esse contractum dicatur* ».

Tuttavia Marciano non può aver scritto che il concubinato come tale andava sempre esente dalle pene dello stupro, mettendosi in contraddizione col principio classico, enunciato da Ulpiano sulla scorta di Atilicino.

Secondo me, il testo genuino di Marciano doveva suonare presso a poco così:

« Alioquin si[quis] honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, adulterium per concubinatum ab ipso committitur, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit ».

Ammettendo questa ricostruzione del testo di Marciano, l'inciso « *nam... est* » spetterebbe ai compilatori. Siccome la cosa è gravida di conseguenze per la storia del concubinato nel diritto romano, occorre vagliare l'inciso in questione dal duplice punto di vista sostanziale e stilistico.

¹⁾ l. 6 § 1, D. 48, 5. PAPINIANUS, *libro primo de adulteris*.

« Lex stuprum et adulterium promiscue et *καταχρηστικώτερον* appellat ».

l. 101 pr., D. 50, 16. MODESTINUS, *libro nono differentiarum*,

« Sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur ».

²⁾ Cfr. l. 12 (11) § 1, D. 48, 5; l. 39 (38) § 1, D. 48, 5; l. 22, C. 9, 9.

Le parole « *nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est* » si sogliono interpretare così: il concubinato non era colpito dalle pene della *lex Iulia de adulteriis*, perchè aveva preso il nome dalla *lex Iulia et Papia Poppaea*. Questa motivazione è un vero indovinello: non si capisce poi perchè Marciano avrebbe creduto bene di aggravare l'equivoco, chiamando laconicamente *lex* la *lex Iulia de adulteriis*, *leges* la *lex Iulia et Papia Poppaea*.

Assumpsit rivela la mano di Triboniano. Il Beseler ¹⁾ ha egregiamente dimostrato che *assumere* per *accipere* non è classico: solo un barbaro è capace di scambiare *capere* e *sumere* [ambedue = λαμβάνειν].

Se noi mettiamo il § 1 in bocca a Giustiniano, il suo significato si rischiara. Mentre, a tenore della legislazione augustea e per tutto il diritto classico, si potevano avere come concubine solo quelle donne, *in quas stuprum non committitur*, Giustiniano ritiene che qualsiasi donna, previa dichiarazione, possa concedersi quale concubina: si capisce quindi perchè l'imperatore faccia dire a Modestino e a Marciano che il concubinato sta fuori del campo penale, in quanto è un istituto riconosciuto dalle leggi. *Leges* nel frammento di Marciano non allude nè alla *lex Iulia et Papia Poppaea*, nè a costituzioni imperiali, ma significa in genere *diritto, norme giuridiche* ²⁾, come risulta anche da questo scolio dei Basilici.

B. 60, 37, 2 Sch. h. VII. 639. sq.

ἐπειδὴ γὰρ ὅλως τὸ τῆς παλλακίδος ὄνομα γνωρίζεται τῇ νόμῳ, ἔξω τῆς τοῦ νόμου τιμωρίας ἐστίν, ὥς καὶ ὁ Μάρκελλος ἐν τῇ ζ'. βιβ. τῶν διγ. αὐτοῦ ἔγραψεν.

4. L'indagine esegetica ci ha dunque condotto a questi risultati:

I. Secondo la legislazione augustea e per tutto il diritto classico si potevano avere come concubine solo quelle persone *in quas stuprum non committitur* (schiave, liberte, e, fra le ingenue, mezzane,

¹⁾ BESELER, *op. cit.*, III, p. 69. L'acuto esegeta mette un punto interrogativo all'autenticità dell'inciso di cui discorriamo.

²⁾ Per un significato analogo della parola *leges*, cfr. G. CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare*, Bull. dell'Ist. di diritto romano, 1914, p. 171.

attrici, adultere, meretrici, *obscuro loco natae*, a tenore della *lex Iulia de adulteriis - quae publice mercibus vel tabernis exercendis procurant*, a tenore della legislazione imperiale).

La lex Iulia de adulteriis non esentava il concubinato, come tale, dalle pene dello stupro.

II. Nel diritto giustiniano ogni donna, anche se ingenua e onorata, previa dichiarazione, poteva vivere in istato di concubinato.

*Giustiniano esentò il concubinato, come tale, dalle pene dello stupro, interpolando i testi dei giureconsulti classici*¹⁾.

III. *L'unico testo, su cui si fonda l'opinione, che vuole assegnare al concubinato un posto nella lex Iulia et Papia Poppaea, è interpolato.*

Per determinare la condizione del concubinato di fronte alla legislazione augustea, gioverà istituire un confronto fra le statuizioni della *lex Iulia de adulteriis*, che esentavano talune categorie di donne dalle pene dello *stuprum*, e i divieti matrimoniali della *lex Iulia et Papia Poppaea*.

¹⁾ Per contro, secondo Giustiniano, la relazione sessuale effimera con le *libertinae honeste viventes* costituirebbe *stuprum*. Ciò risulta dall'alterazione operata nella l. 35 pr., D. 48, 5, e dal seguente passo delle *Istituzioni*, zeppo di spropositi storici.

I. 4, 17, 4.

« Item lex Iulia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed etiam eos, qui cum masculis infandam libidinem exercere audent. sed eadem lege Iulia etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit ».

Giustiniano, forse per influenze cristiane, volle pareggiare gli ingenui e i libertini di fronte alla legge penale, in materia di reati contro il buon costume. Cfr. PAUL., *Sentent.*, 5, 4, 14=1. 1 § 2, D. 47, 11. I compilatori hanno ommesso *praetextato*.

Donne *in quas stuprum non committitur* a tenore della *lex Iulia de adulteriis*.

Donne, a cui la *lex Iulia et Papia Poppaea* interdice le nozze

1. Libertine.

cogli ingenui

coi senatori e coi loro figli.

l. 23, D. 23, 2. Celsus *libro trigensimo digestorum*. « Lege Papia cavetur omnibus ingenuis praeter senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere ».

Ulp., *liber sing. reg.*, 13.

« 1. Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas

2. Ingenue.

a) Mezzane.

Ulp., *lib. sing. reg.*, 13

« 2. Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam et a lenone lenave manumissam

b) Adultere.

et in adulterium deprehensam et iudicio publico damnatam

c) Attrici.

et quae artem ludicram fecerit ».

et quae ipsae

d) *Obscuro loco natae*.

quarumve mater paterve artem ludicram fecerit

e) Meretrici.

item corpore quaestum facientem ».

Prescindendo da qualche differenza di poco conto, forse dovuta al fatto, che noi non possediamo un elenco preciso delle persone, *in quas stuprum non committitur*, di fronte alla legislazione augustea le donne si possono dividere in tre categorie:

I. Alla prima categoria appartengono le mezzane, le attrici e le adulate: esse non possono sposare gli ingenui e sono esenti dalle pene dello *stuprum*.

II. Alla seconda categoria appartengono le liberte, le prostitute e le *obscurum loco natae*: esse possono sposare gli ingenui, a eccezione dei senatori e dei figli dei senatori, e sono esenti dalle pene dello *stuprum*. È da notare per altro che le nozze con donne perdute o di condizione libertina erano mal viste dalla pubblica opinione¹⁾.

III. Alla terza categoria appartengono le ingenue oneste: esse possono sposare uomini di ogni ceto sociale, ma debbono tutelare la propria castità, astenendosi da ogni relazione extra-matrimoniale, che soggiacerebbe alla pena dello *stuprum*.

Tali essendo i principii della legislazione augustea, si capisce come il concubinato dovesse esserne la naturale, sebbene indiretta, conseguenza. Con questo nome si venne a significare²⁾ la convivenza con donne, che la *lex Iulia et Papia Poppaea* o l'opinione comune tenevano lontane dalle nozze, ma che d'altra parte non sottostavano alle statuizioni della *lex Iulia de adulteriis*³⁾.

¹⁾ Un'eco della pubblica opinione ci è conservata da Ulpiano. l. 1 pr., D. 25, 7: « quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matremfamilias habere ».

²⁾ Le leggi Giulie non dovettero nominare neppure per incidenza il concubinato. Si veda la l. 144, D. 50, 16. PAULUS libro decimo ad legem Iuliam et Papiam.

« Libro memorialium Massurius scribit 'pellicem' apud antiquos eam habitam. quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari ».

Se veramente il concubinato fosse stato introdotto da Augusto, Sabino non avrebbe scritto paulo honestiore, ma ex lege Iulia et Papia Poppaea.

È interessante riportare il luogo parallelo dei Basilici:

B. II, 2, 144. « Παλλακή ἐστὶν ἡ συζῶσα τινὶ ἐν τῷ οἴκῳ αὐτοῦ νομίμως χωρὶς γάμου. ἡ δὲ ἥττον τιμωτέρα φίλη λέγεται ».

Νομίμως rispecchia le riforme giustiniane in materia di concubinato.

³⁾ Nel diritto classico la convivenza di un ingenuo con donne della prima categoria è sempre concubinato. Trattandosi di donne della seconda categoria, la convivenza con un senatore o figlio di senatore costituisce concubinato, la con-

Il concubinato, per ragioni economiche e sociali, si diffuse grandemente nel periodo imperiale, così che i giureconsulti e i sovrani dovettero occuparsene sotto qualche rispetto. Tuttavia esso rimase un mero rapporto di fatto fino a Giustiniano: l'imperatore, ammettendo al concubinato le ingenue oneste ed esentando il concubinato come tale dalle pene dello stupro, lo trasformò in un rapporto giuridico, per quanto egli, in omaggio alla tradizione, continuasse a chiamarlo semplicemente una « *licita consuetudo* ». (l. 5 § 2, C. 6, 57).

G. CASTELLI.

vivenza con un ingenuo si presume concubinato, purchè non sia dimostrata l'*affectio maritalis*. Solo la convivenza con donna ingenua e onorata s'interpreta sempre come matrimonio.

La l. 24, D. 23, 2 è interpolata, come sospettarono il FERRINI (*Pandette*, pagina 872) e il BONFANTE (*Lez.* 1907-908, p. II, p. 6).

MODESTINUS *libro primo regularum*.

« In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit ».

I compilatori devono avere sostituito *liberae* a *ingenuae*.

LA CONDIZIONE GIURIDICA DEI TORRENTI

NELL' ETÀ ROMANA

I. La *communis opinio* intorno alla condizione privata dei torrenti. - II. Dati ed elementi che soccorrono ad un critico esame di tale *opinio*. - III. I torrenti trascorrenti al piano fra terreni divisi. Esempi di torrenti compresi nelle *sortes*. - IV. Normale inesistenza dei torrenti di un letto stabile e fisso. - V. *Aqua pluvia* e *aqua superficiens* torrentizia. - VI. I torrenti trascorrenti nelle regioni montuose non divise e la loro normale condizione pubblica. - VII. Il confronto fra gli stagni ed i torrenti: esistenza di stagni pubblici. - VIII. Tratti di torrenti inalveati in seguito alla *munitio* della via Emilia e riduzione di tali tratti a condizione pubblica. - IX. Destinazione ad utilità pubblica anche di acque torrentizie. - X. L'assimilazione della condizione dei torrenti a quella dei fiumi, in corrispondenza colla disciplina introdotta nell'età comunale per regolare il corso di essi torrenti. - XI. Tendenza avanzantesi nella giurisprudenza successiva a comprendere anche i torrenti nel novero delle acque pubbliche.

I.

La condizione giuridica dei torrenti nell'età romana si ritiene comunemente prospettata in modo sicuro ed evidente da quel luogo ben noto d'Ulpiano, al *D.* 43, 12, 1, 1, nel quale distinguendosi fra i *flumina* in senso generico quelli perenni e quelli non perenni, o *flumina torrentia*, gli *ἀειβάιοι* e gli *ὄν ἀειβάιοι* dei Greci¹⁾, si attribuisce solamente ai primi la qualità di pubblici; mentre agli altri implicitamente sembra attribuirsi qualità di privati.

Dietro codesto luogo s'insegna e si accetta pressochè universalmente dalla Glossa, dai commentatori e fin dagli studiosi più recenti di storia e di dogmatica del diritto romano, che i torrenti, cioè i corsi d'acqua alimentati dalle piogge invernali e normalmente asciutti du-

¹⁾ ARIST., *Meteor.*, I, 13, 7.

rante la stagione estiva, erano trattati per ogni effetto come privati¹⁾; e si accusa in ciò una saliente differenza fra il diritto romano e l'odierno diritto civile italiano; il quale, deviando pure dalla maggior parte delle legislazioni positive dell'Europa settentrionale e centrale che assumono nel novero delle acque pubbliche soltanto i corsi perenni navigabili o atti al trasporto²⁾, comprende anche i torrenti a lato dei fiumi nella cerchia dei beni demaniali.

II.

Per verità qualche voce isolata è insorta ad avvertire che la sentenza ulpianea, nella quale si attribuisce ai torrenti condizione privata, è tratta da un luogo inserito in un titolo del Digesto, che aveva in vista la navigabilità dei corsi d'acqua e la pubblicità di essi in quanto così connessa alla navigabilità; e che non è giusto trarre da questo, come si fa comunemente, una norma generale che desuma dalla perennità di un corso d'acqua la sua condizione di pubblicità³⁾. Se tuttavia codesto felice rilievo giova a far evitare l'errore di accogliere, coll'interpretazione inesatta di un passo oltre i termini della sua portata, una norma troppo semplicistica sulla partizione dei fiumi e dei

¹⁾ GLOSSA, in l. 1 *D. de flumin.*; BAROLO, *Thybertiadis tract. de flumin. triperit.*, Bononiae, 1576, p. 14: 'flumina publica sunt quae perpetua sunt. Item Roffredus in libellis super interdicto ne quid in flumine publico dicit quod flumina quae in hyeme currunt et in aestate non, sunt privata et bene dicit'; AIMI, *Tractatus singularis de universo alluvionum iure... opera et studio* AHASVERI FRITSCHI, Ienae, 1675, pp. 101-2; CAEPOLLA, *De serv. rust. praed.*, in *Varii tractatus*, Lugduni, 1552, p. 431; PECHIO, *Tractatus de aquaeductu*, Ticini, 1670, lib. I, q. 6, n. 5, p. 159; HERING, *De molendinis eorumque iure*, Col. Agripp. 1724, p. 167; GOBBI, *Tractatus varii in quibus universa aquarum materia... exactissime enucleatur*, Bonon., 1673 p. 7; PROUDHON, *Traité du domaine public*, 2 ed., 1844, vol. III, p. 338; HESSE, *Grundzüge des Wasserrechts nach gem. Recht, Jahrb. f. die Dogm. des heut. Röm. und Deutsch. Privatr.* VII, 1865, pp. 179 e segg.; UBBELOHDE, *Gluck's Forts., Serie der Bücher XLIII e XLIV* (trad. ital. p. III, p. 462 e segg.; OSSIG, *Röm. Wasserrecht*, Leipzig, 1898, p. 10.

²⁾ Rinvio per l'indicazione delle relative disposizioni legislative all'utilissimo lavoro dell'ASTRÖM, *Ueber das Wasserrecht in Nord und Mitteleuropa*, Leipzig-Lund, 1905, pp. 50 e segg.

³⁾ WODON, *Les droits des eaux et des cours d'eau*, Bruxelles, 1874, I, p. 84 e segg.; BARON, *Begriff und Bedeutung des öffentl. und priv. Wasserlaufs*, *Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss.* 1, 1878, p. 268.

torrenti, esso non vale a rappresentarci un' immagine relativamente compiuta della condizione di questi ultimi.

Noi tenderemo qui di delinearla, col soccorso di altri elementi desunti in piccola parte dai testi dei giuristi e dei gromatici, ed in maggior parte dalle notizie pervenuteci intorno alle divisioni dei terreni percorsi da fiumi e da torrenti, ed alle vicende d' essi terreni nell' età romana, e per riflesso a ritroso dalle notizie pervenuteci circa norme e discipline giuridiche stabilite pei corsi d' acqua in generale durante l' età comunale: col soccorso dunque di documenti assai varî, pertinenti il fatto e la vita a cui il diritto si applicò, e relativi ad età fra loro diverse e lontane.

III.

Una prima osservazione si offre spontanea a chi consideri le regioni percorse da fiumi e da torrenti, nelle quali son meglio conservate le tracce dell' antica divisione romana, e tenga presenti nel tempo stesso alcune notizie tramandate dai gromatici sopra il diverso trattamento dato all' atto della divisione ai corsi d' acqua in generale designati colla generica denominazione di *flumina*.

L' osservazione è questa: che normalmente i torrenti i quali scorrevano nel piano, ove esistevano i terreni divisi ed assegnati in dominio, erano compresi nei termini stessi delle centurie formate colla divisione: tanto se il loro corso aveva luogo entro il corpo della colonia, come se seguiva ad un' estremità di essa. Nella valle padana, che è quella che ci è meglio nota, e più in particolare nella regione emiliana ¹⁾, il torrente Trebbia scorreva in parte entro il territorio piacentino, il Nure entro il veleiate ed il Parma entro il parmense. Il Taro segnava il limite fra la colonia parmense e quella di Fidentia. Ma i tre torrenti citati dianzi erano intercettati da cardini e da decumani di cui rimangono ancora le tracce e che lasciano supporre che la divisione delle colonie da esse percorse non subisse per ragione del loro letto veruna interruzione. E se pure il Taro scorreva nell' età

¹⁾ Cfr. SCHULTEN, *Die röm. Flurteilung und ihre Reste*, Abh. der Kön. Gesell. d. Wiss. zu Göttingen, Ph. hist. Klasse, N. F. II, 1898; dal quale desumiamo i rilievi topografici qui discorsi, pur non accogliendone in qualche parte le valutazioni.

romana ad un chilometro e mezzo più ad occidente che oggidì, le tracce degli stessi decumani riconoscibili a sinistra e a destra del corso attuale provano che la divisione arrivava fino al confine della vicina Fidentia.

Altrimenti ai corsi d'acqua perenni che normalmente erano assunti a confine della colonia, come lo fu il Po per tutte quelle della valle padana e l'Oglio per Brescia e Cremona, era normalmente destinato uno spazio apposito, escluso dall'assegnazione.

A chi consideri codesto fatto, accade di pensare che il noto luogo di Frontino *de cond. agr.*, 3, 51: « multa flumina et non mediocria in adsignationem mensurae antiquae ceciderunt » ¹⁾, si riferisca ai torrenti, e colpisca la pratica normale vigente per questi ²⁾. Tanto più accade di pensarlo, se si riflette che il nostro gromatico reca tale notizia in certo nesso con le *quaestiones* interessanti in particolare la regione ch'egli chiama Gallia Togata: « quae multis contexta fluminibus immodicas Alpium nives in mare transmittit et subitarum regelationum repentina inundatione patitur iniurias » ³⁾; regione che certamente comprende i terreni della valle padana; e che qualche geografo, come Tolomeo 3, 1, 42, identifica più in particolare, benchè inesattamente, appunto coll'Emilia ⁴⁾.

IV.

Tale pratica a sua volta era una conseguenza diretta della condizione naturale, in cui dovette trovarsi nell'età romana il corso dei torrenti nelle regioni piane, ed in ispecie il corso di quelli che attraversano il tratto della pianura padana, di cui meglio conosciamo le vicende. Era una conseguenza della irregolarità del detto corso,

¹⁾ SIC. FLACC., *De cond. agr.* l p. 157: 'In quibusdam regionibus fluminum modus assignationi cessit, in quibusdam vero tamquam subsecivus relictus est'.

²⁾ Con questo si supererebbe la difficoltà che s'opponne a considerare come in tutto privati dei *flumina* veri e propri assegnati insieme colle *sortes*, difficoltà ch'è messa bene in luce, in rapporto colla comune intelligenza di codesto luogo, dal BRUGI, *Studi sulla dottrina romana della proprietà: Intorno alla condizione giuridica dei fiumi*, Arch. giur. XLII, pp. 303 e seg.; *Le dottrine giuridiche degli agrimensori*, pp. 391 e segg.

³⁾ FRONT., *De cond. agr.*, II, p. 50.

⁴⁾ NISSEN, *Italische Landeskunde*, Berlin, 1883-1902, II, 160.

che si compiva sopra una varia ed ampia estensione di terreno, senza che a questo fosse destinato un letto stabile e fisso. A codesta condizione naturale, che costituisce in generale una caratteristica bene avvertita dai tecnici della materia, dei torrenti trascorrenti nel piano, ai quali l'opera dell'uomo non sia intervenuta ad imprimere un'artificiale disciplina; ed alle differenze esistenti fra essa e la condizione dei fiumi, i quali a cagione della perpetuità del loro corso riescono a scavarsi un letto fisso e profondo, che abbandonano soltanto sotto la influenza di casi eccezionali ¹⁾, non è stato dato, per quel che ci sembra, giusto rilievo dai valenti studiosi che recentemente discussero intorno all'esistenza o meno di argini a difesa dei corsi d'acqua durante l'età romana. La soluzione negativa data a codesto problema dal Gloria ²⁾ ed in seguito con altri nuovi argomenti acutamente e sapientemente rintracciati nelle fonti giuridiche e nei gromatici dal Brugi ³⁾, è esat-tissima, se riferita appunto ai torrenti, pei quali sono frequenti e normali quelle mutazioni che il Gloria osserva essersi verificate per taluni di quei corsi d'acqua che si comprendono nella generica denominazione di *flumina*. Ma i corsi d'acqua perenni, i fiumi in senso proprio, e specialmente i maggiori fra essi, come meno di frequente abbandonavano il loro letto stabile ed approfondito dalla massa d'acqua che di continuo vi trascorreva ⁴⁾, così per contrario sotto l'influenza di anor-

¹⁾ Cfr. FABRE, *Essai sur la théorie des torrents et des rivières*, 1797, pp. 35 e segg.; SURELL, *Étude sur les torrents des hautes Alpes*, 2ª ed. Paris, 1870, p. 35.

²⁾ GLORIA, *Agro patavino*, Venezia, 1881, pp. 84 e segg.; *Monum. per servire alla storia dell'Università di Padova, Memorie del R. Ist. Veneto*, XXII, 1882, p. 288, n. 2; *Gli argini dei fiumi dai tempi romani alla fine del sec. XII, Atti e memorie della R. Accademia di scienze e lettere di Padova*, N. S., VI, 1890, p. 11 e segg.

Contrariamente il LAMPERTICO, in *Arch. Veneto*, XXVI, 1883, pp. 419 e segg.; *Degli argini dei fiumi al tempo romano, Atti della R. Accademia dei Lincei*, 1891, serie IV, *Rendic.* VII, pp. 308 e segg., sostenne l'esistenza nella pratica romana di un sistema di argini pei fiumi in generale.

³⁾ BRUGI, *Di una controversia intorno agli argini dei fiumi nell'età romana, Atti e memorie della R. Accademia di scienze e lettere di Padova*, N. S., VII, 1891.

⁴⁾ Osservava fra noi il VERONESI, *Cenni storici sulle vicende idrauliche della bassa pianura bolognese*, Bologna, 1858 (dalle « *Memorie della Società agraria* », vol. X): « Ciò che mette un fiume in grado di mantenersi scavato il proprio letto e ciò che lo rende meno bisognoso di caduta si è l'abbondanza e perennità delle acque. Quanto più sono queste copiose, tanto maggiore è la forza di gravità e d'impulso onde sono dotate, e tanto più facilmente vincono anche senza il sussidio della caduta gli ostacoli che incontrano pel loro cammino, »

mali immissioni d'acque pluviali o torrentizie difficilmente contenibili nello spazio breve corrispondente al letto normale, potevano produrre allagamenti e rovine pericolose alle circostanti regioni. Non è ragionevole attribuire a mero caso il fatto che gli accenni ed i ricordi pervenutici intorno a degli *aggeres* eretti dappresso a fiumi riguardino appunto il Po¹⁾ e l'Adige. Essi lasciano intravedere come assai probabile che almeno certi tratti di codesti fiumi fossero arginati. Di più un'iscrizione recentemente scoperta, che si riferisce appunto ad un'opera di arginatura dell'Adige (e si ricollega ad un'altra già nota il cui senso fu rischiarato però solo in grazia di questa), presenta formule ed espressioni appropriate all'assunzione di tale opera da parte di un'impresa contraente con organi pubblici²⁾. Se non lo Stato, le città il cui territorio era attraversato da fiumi i quali uscendo dal loro letto normale potessero cagionare all'intorno dei gravi danni, provvedevano non raramente a lavori organici di preservazione e di difesa.

1) LUCANO, *Phars.* 6, 272-73: 'Sic pleno Padus ore tumens super aggere tutus, Excurrit ripas et totos concutit agros'.

2) Entrambe le iscrizioni sono anteriori ad Augusto. Quella recentemente scoperta proviene da Saletto di Montagnana, ed esiste ora nel Museo di Este, l'altra già nota all'ALESSI, *Ricerche storico-critiche delle antichità di Este*, Padova, 1776, p. 188, e stampata nel *Corpus inscr. lat.*, V, n. 2603, appartiene al Museo imperiale di Vienna. Della prima discorse già dottamente in una tornata della Classe di Scienze morali della R. Accademia delle scienze dell'Istituto di Bologna il mio illustre collega prof. Gherardo Ghirardini (*Rendiconto delle sess. della R. Accademia ecc.*, (Classe cit., serie I, vol. III, 1909-10, p. 28); il quale la pose in relazione coll'altra, erroneamente attribuita dal primo editore e dal MOMMSEN medesimo ad un sepolcreto. Il testo della iscrizione nuova, e quello emendato della precedente, si trova ora riferito in una ottima memoria del rimpianto e benemerito prof. A. PROSDOCIMI, *Lapidi e manufatti romani riguardanti l'antico corso dell'Adige per l'Agro Atestino*, edita nel buon libro di A. AVERONE, *Sull'antica idrografia veneta*, Mantova, 1911, pp. 156 e segg. Li riferisco qui, colle relative integrazioni: Decuria Q(uinti) Arrunti Surai cur(atoribus) Q(uinto) Arruntio C(aio) Sabello pig(neratore) T(ito) Arrio sum(ma) h(ominum) XCIIN in sing(ulos) hom(ines) op(eris) p(edes) XLIII s(umma) p(edum) MMMMCCXIV*; - 'Dec(uria) Clod(t) A(uli) Na(evi) cur(atoribus) Q(uinto) Naevio L(uoto) Seio pig(neratore) C(aio) Antestio s(umma) h(ominum) LXXXVIII in sing(ulos) h(omines) p(edes) XXVII s(umma) op(eris) p(edum) MMCCCXCVIII'.

Sopra il significato di *pignerator* come *ingaggiatore*, proposto dal PROSDOCIMI, potrebbe presentarsi qualche dubbio. Ma ciò non importa pel punto di cui qui ci occupiamo. Importa bensì l'osservazione del chiaro studioso che gli Atestini non limitarono la difesa della città alle sole arginature; ma che per meglio rafforzarle, costoro eressero un sostegno di scarico ed una diga di sbarramento; sopra i vestigi delle quali opere egli reca preziose notizie.

V.

Dato che, per le ragioni accennate, ci avvenga di apporci al vero supponendo che i corsi d'acqua non perenni, i torrenti, mancassero nel piano di un letto stabile e normale, è evidente che la condizione privata di questi ci si presenta con un valore e da un aspetto differenti da quelli con cui essa è di solito rappresentata. •

Il terreno diviso ed assegnato, percorso irregolarmente dai torrenti, non muta condizione pel fatto che sopra di esso trascorra a quando a quando dell'acqua alimentata dalle piogge, nè pel fatto che sovr'esso il passaggio più o meno lungo dell'acqua abbia deposto anche ghiaia e sabbia. Si comprende anche come l'acqua trascorrente sul terreno che costituisce il precario letto del torrente, sia trattata a lato dell'acqua piovana, per quanto spetta le discipline dei rapporti fra i fondi, ed i presupposti dell'*actio aquae pluviae arcendae* in particolare.

Il principio dominante le decisioni relative si è che ciascun proprietario possa porre in atto sul proprio le opere occorrenti ad impedire i danni derivabili dall'impeto dell'acqua torrentizia¹⁾; ma non possa porle in atto sul fondo altrui superiore o inferiore, rispettivamente con ripari o con fosse di sfogo, che allorquando ciò resulti pre-stabilito dalle discipline fondiarie fissate all'atto della ripartizione del suolo (*lex agri*) o altrimenti resulti corrispondente alla *vetustas*²⁾. Se nè la *lex agri* nè la *vetustas* provvedgono a ciò, egli deve accettare per l'acqua torrentizia, come per l'acqua piovana, le conseguenze della situazione del suo fondo, e con essa il danno ed il vantaggio dell'eventuale inondazione³⁾.

Per converso ciascun proprietario può rattenere nel proprio fondo, per giovarsene, l'acqua cadutavi dal cielo direttamente, come l'acqua torrentizia che vi trascorre. L'*aqua superficiens*, a cui si accenna nel fr. 1 § 11 *D. de aqua et aquae pluviae arc.*, e che s'interpreta di solito,

¹⁾ PAOLO, *D.*, 39, 3, 2, 9; GORD., *C.* 7, 41, 1.

²⁾ ULP., *D.* 39, 3, 1, 23.

³⁾ ULP., loc. cit.: 'sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere'.

dietro la Glossa (*idest superabundantem*) in senso di *superflua*, par da intendere piuttosto appunto, se si ha riguardo alle cose discorse dianzi, in senso di acqua trascorrente sopra il fondo. E, pronunziando « *aquam pluviam in suo retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat omnibus ius esse* », il giurista vuol fissare semplicemente la facoltà predetta di ciascun proprietario di giovarsi dell'acqua che cada o profluisca comunque sul suo fondo, senza assumere affatto a correlativo presupposto di quella che il vicino debba lasciar trascorrere l'acqua che a lui non giovi e che gli sia interdetto di disperdere l'acqua che gli è *superflua* ¹⁾.

VI.

Fiumi e torrenti si presentano di solito alla considerazione degli agrimensori e dei giuristi solamente in quel tratto del loro percorso, che ha relazione coi terreni divisi, e cioè nel piano, e in poca parte del colle. Il loro percorso attraverso il territorio montuoso rimane inconsiderato, per ciò che questo non forma oggetto di divisione e di assegnazione, e rimane nella condizione di pubblico, utilizzato solo in piccola parte dai privati in forza di occupazione.

Normalmente anche i corsi d'acqua che al piano si disseccano nella stagione estiva, e che come tali appartengono al novero dei torrenti, hanno nel territorio montuoso un certo tratto alimentato da fonti perenni, di gettito meno intenso di quello che è sufficiente ad assicurare ai fiumi una certa massa d'acqua per tutto il loro percorso, ma bastevole tuttavia a procacciare la costante presenza dell'acqua nel tratto predetto. I principali torrenti dell'Emilia, che nella stagione estiva sono di solito privi d'acqua all'altezza della via Emilia, hanno il loro primo nucleo da fonti perenni nascenti dall'Apennino, che alimentano il loro percorso superiore.

I primi tratti dei torrenti, come i primi tratti dei fiumi, costituiscono così dei piccoli corsi d'acqua, i quali potevano essere assunti

¹⁾ Muove altrimenti dal senso dato dalla Glossa a *superficientem* la valutazione presentata del nostro passo dal PEROZZI, *Il divieto degli atti di emulazione ed il regime giustiniano delle acque private*, Arch. giur., LIII, 1894, e la sua tesi che *superficientem* sia inserito nel testo dai compilatori.

nella generica designazione di *rivi*: sopra la cui condizione son sorti fra gli studiosi profondi dissensi.

Il luogo che ha dato a questi adito precipuo, il fr. 1 § 1 *D. de flumin.*: «*flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcoalentium*», sembra che contrapponga i *rivi* ai *flumina* solamente in rapporto al criterio della navigabilità; e lasci perciò del tutto impregiudicata la questione se i *rivi*, intesi quali minori corsi d'acqua reputati inidonei alla navigazione o al trasporto nelle condizioni di tempo e di luogo da valutarsi giusta l'*existimatio circumcoalentium*, dovessero per cagione della perennità del loro corso essere trattati come pubblici¹⁾. La questione del resto non doveva avere nella pratica che un'importanza assai limitata, per la naturale difficoltà di volgere ad utilità pubblica cotali piccoli corsi d'acqua, fuori che per l'alimentazione degli acquedotti. Poichè le prese degli acquedotti erano attuate normalmente a monte delle città a cui questi erano destinati, si adopravano usualmente ad alimentarli appunto dei *rivi* trascorrenti nella parte non divisa del territorio, e quindi già per questo aventi condizione di pubblici. È da ammettere tuttavia che se ad alimentare un acquedotto giovasse un *rivus* trascorrente attraverso a terreni limitati, il quale con opportuni spedienti tecnici potesse essere dedotto entro i cuniculi di quello, anche un siffatto *rivus* avrebbe potuto esser trattato e fatto valere quale pubblico.

VII.

Come, in rapporto alla natura fisica perenne o non perenne dell'acqua defluente, Ulpiano distingue fiumi e torrenti, così egli distingue del pari le acque raccolte nei seni, secondo ch'esse scaturiscano da

¹⁾ Contro la pubblicità dei *rivi*, ossia dei minori corsi naturali e perenni, ammessa dai più (cfr. HESSE, *Grundzüge des Wasserrechts* cit., *Jahrb.* I, p. 184; BÖRNER, *Revision der neuern Lehrer von der Zugehörig. der best. fließ. Gewässer*, *Arch. f. civil. Prax.*, XXXVIII, 1855, pp. 149 e segg.; UBBELOHDE, *op. cit.*, pagine 462-3), è insorto l'OSSIG, *op. cit.*, pp. 17 e segg., confutato dall'ERMAN, *Krit. Vierteljahrschr.*, XLII, 1900, pp. 1 e segg.

Per l'indicazione delle numerose legislazioni moderne che pongono anche i *rivi* perenni tra le acque pubbliche, rinvio all'ASTRÖM, *op. cit.*, pp. 78 e segg.

fonti vive o derivino dalle piogge, formando rispettivamente dei laghi o degli stagni¹⁾.

La perpetuità o meno delle acque che li alimentano non vale tuttavia a generare una separazione recisa fra la condizione giuridica degli uni e degli altri. Esistono laghi privati²⁾, se pure la maggioranza di essi è pubblica; così come esistono degli stagni pubblici, benchè la maggioranza di questi sia privata³⁾. I soccorsi che si possono trarre dai residui della divisione colonaria e dalle testimonianze dei gromatici, sono, per quanto s'attiene agli stagni, meno concludenti che pei torrenti. Sappiamo tuttavia che anche degli stagni erano adoprati ad alimentare degli acquedotti⁴⁾: stagni, che se esistenti nelle regioni montuose e non divise, avevano carattere pubblico senz'altro; se esistenti al piano o al colle in territori divisi si possono supporre esclusi dalla divisione o in seguito espropriati; così come a servizio degli acquedotti potevano essere adoperate ed espropriate anche delle fonti esistenti in terreni privati, e come tali private esse stesse, innanzi a siffatta espropriazione⁵⁾.

VIII.

Nel corso ch'era normalmente irregolare ed incostante dei torrenti della regione emiliana, sembra tuttavia da considerare in modo par-

¹⁾ ULP., D., 43, 14, 1, 3: 'Lacus est quod perpetuam habet aquam. Stagnum est quod temporalem contineat aquam ibidem stagnantem, quae quidem aqua plerumque hieme cogitur... 6. Possunt autem etiam haec esse publica'.

²⁾ PROC., D., 18, 1, 69: 'Rutilia Polla emit lacum Sabatenem Angularium et circa eum lacum pedes decem'.

³⁾ ULP., D., 43, 14, 1, 6 cit.

⁴⁾ *Corpus I. L. X*, 6526 (iscr. di Cori): 'C. Oppius Verus L. Turpilius Priscus f. IIII vir i. d. aquam caelestem [dilabantem mon]tibus collectam [interciso agere] per formam cur[ae] sua factam in pisci]nis repurgatis lon[go] tempore ces]san]tibus p[er]duxerunt'.

Sopra codesto titolo cfr. in particolare LANCIANI, *Topografia di Roma antica. I commentari di Frontino intorno le acque e gli acquedotti*, Atti della R. Accademia dei Lincei, *Memorie di scienze morali*, IV, 1880, p. 245; al quale rinviamo anche per notizie svariate intorno alle acque che valsero ad alimentare gli acquedotti urbani.

⁵⁾ *Corpus*, cit. II, n. 3280 (iscr. di Terragona): 'Aquam per agros quaesitam... sua perductam dedicavit et lacus et fistulas et arculam aeneam sua omni fecit impensa'.

ticolare un certo tratto, che ad un dato momento, per mezzo di opere apposite di scavi, di repellenti e di argini, fu ordinato e regolato in guisa, da percorrere un cammino fisso e costante.

Il tratto a cui accenniamo è quello immediatamente superiore alla via *Aemilia ab Arimino ad flumen Trebiam*, che, giusta l'attestazione di un insigne monumento rinvenuto presso i ruderi dell'antico ponte romano sul Reno, '*Augustus muniendam curavit*'¹⁾.

Se la *munitio* così celebrata dappresso ad un ponte eretto sopra uno dei maggiori torrenti attraversati dalla detta via, circa a mezzo del suo corso, e nel medesimo tempo a cui appartiene l'altro insigne tuttora esistente sul Marecchia, nel luogo in cui essa via Emilia s'incontra colla Flaminia, e presso il titolo collocato sull'arco di Augusto a serbar memoria delle *celeberrimae Italiae viae consilio et sumptibus eius munitae*²⁾; se la *munitio* così celebrata consistette essenzialmente, come par certo, nella costruzione di ponti sui torrenti della regione romagnola ed emiliana; è da ritenere per conseguenza che si siano posti in atto allora, a monte di ciascuno dei detti ponti, per un tratto più o meno lungo, delle opere idonee ad assicurare che le acque torrentizie scorressero sotto gli archi rispettivi. Presso al ponte del Reno sembra accertato che opere di tal genere furono rinnovate a distanza di tre o quattro secoli dalla sua erezione³⁾.

Di una pubblica utilizzazione delle acque torrentizie ridotte a monte della via Emilia, per un certo tratto, entro uno stabile letto, non rimangono, per quel che ci consta, notizie. Ciò non deve impedire per altro di riconoscere che il tratto di letto così fissato dovette assumere una condizione differente da quella meramente privata dei terreni entro i quali innanzi all'esecuzione delle opere predette il torrente vagava irregolarmente: o una pubblicità giuridicamente e precisamente fissata per pubblica espropriazione, o almeno una limitazione del pubblico uso del tutto nuova rispetto a quella che dianzi vi poteva sussistere⁴⁾.

¹⁾ BRIZIO, *Nuove iscrizioni recuperate nell'alveo del Reno*, *Notizie degli scavi*, 1902, pp. 532 e segg.

²⁾ *Corpus*, cit., XI, n. 365.

³⁾ BRIZIO, *Prima relazione intorno ai ruderi dell'antico ponte romano sul Reno presso la città*, *Notizie*, cit., 1896, pp. 125 e segg.

⁴⁾ Limitazioni siffatte già pensava esistite nei *flumina* compresi nelle *sortes* private, giusta la tradizionale interpretazione del passo di FRONINO, *De cond. agr.*, 51, 3, il BRUGI, *Arch. giur.*, XLII, p. 309 cit.

Probabilmente definizioni precise e rigorose mancavano, rimettendosi alle autorità municipali di conciliare con molta larghezza ed agilmente le esigenze della pubblica utilità con quelle dei diritti e degli interessi particolari.

IX.

Destinazioni ad utilità pubblica delle acque torrentizie, fermate per mezzo di dighe nella stagione delle piogge entro appositi serbatoi e rivolte all'alimentazione o al rifornimento di aequedotti e di cisterne, sono attestate in modo concreto ed esplicito nei terreni provinciali d'Africa; nei quali pure troviamo esempi di grandi accolte pubbliche d'acque piovane ¹⁾. I terreni su cui scorrevano le acque fermate da codeste opere, così come le acque medesime destinate a pubblico servizio, dovevano evidentemente aver carattere giuridico diverso da quello dei terreni riconosciuti come suscettivi di diritto privato, benchè subordinatamente a quel sovrano dominio dello Stato, che si addita quale caratteristica della così detta proprietà provinciale.

X.

Il contrapposto tra fiumi e torrenti, che nella stessa età romana cessa di trovar luogo per quei torrenti o quei tratti di torrenti che fosser posti in condizione di avere un letto stabile e fisso, e che potessero esser devoluti a pubblico servizio, si restringe e si attenua nel medesimo senso, precisamente nell'età comunale, in cui le opere d'inalveazione dei corsi d'acqua in generale assumono uno sviluppo nuovo ed intenso.

La cura minuziosa posta dalle varie legislazioni statutarie delle città italiane, ed in particolare da quelle dell'Italia superiore, per provvedere alla costruzione e riparazione dei ponti, alla erezione degli

¹⁾ Cfr. SCHULTEN, *Das rom. Afrika*, Leipzig, 1899, pp. 55-56 ed i citati ivi; TOUTAIN, *Les cités romaines de la Tunisie*, Paris, 1896, pp. 56 e segg.

Utilissime notizie sopra le opere idrauliche romane in Africa ed indicazioni particolari di monografie a queste relative, trovansi raccolte nel bel lavoro del BRUNHES, *L'irrigation, ses conditions géogr., ses modes et son organisation dans la péninsule Iberique et dans l'Afrique du Nord*, Paris, 1904, pp. 187, 208, 268.

argini, ed allo scolo o all'approfondimento degli alvei dei corsi d'acqua, con molteplici provvisioni, ed in ispecie con rigorosi uffici imposti all'uopo ai podestà o ad appositi magistrati dipendenti da questi; tutto ciò costituisce un fatto assai noto, e sul quale sarebbe qui superfluo insistere.

Quello che importa bensì di avvertire, intorno a codeste legislazioni, e di porre nel debito rilievo, si è che le provvisioni accennate riguardano in ugual guisa i torrenti come i fiumi, e che anzi nella regione per la quale ci rimangono più copiose e sicure notizie, l'Emilia, esse riguardano i torrenti precipuamente. Basta scorrere infatti gli statuti delle città da Piacenza a Bologna, per osservarvi regole e discipline intese a procacciare il corso stabile e libero dei torrenti che esistono fra la Trebbia e l'Idice ¹⁾.

¹⁾ Cfr. *Statuta antiqua civitatis Placentiae anni 1391* (in *Statuta varia civ. Plac.* 1860) lib. 4, p. 328: 'De ponte Trebie reficiendo'; p. 330: 'De ponte Nurte aptando'; p. 331: 'De ponte Arde ad Curtem Matorem'; p. 334: 'De lignis et arboribus aliorum fluminum'; p. 344: 'De gurris cedendis in Trebia; *Statuta communis Parmae dig. anno 1255* (*Mon. ad hist. pat. pert.* I, 1860), p. 368: 'De arboribus insulis zochis fluminis Parme incidendis et de ipso flumine expediendo et expedito tenendo et infra quae tempora et de poenis non faciendum; *Statuta communis Parmae anni 1347* (*Monum.*, cit., IV, 1860)', p. 21; 'De propositione generali facienda in consilio de facto pontis Tarontis, de Grugno, de Hencia, de Sorbulo, de Datero et omnium aliorum pontium episcopatus Parme'; p. 22: 'Quod potestas inquirat contra omnes qui abstulissent aliquid de ponte Tarontis et de aliis pontibus et domibus et aedificiis comunis'; *Statuta magnifice communitatis Regii*, Regii, 1582, lib. I, cap. 84, c. 58: 'De officio superstitis aggerum'; lib. III, cap. 134, c. 186: 'De poena rumpentis vel devastantis aggeres vel ripas alicuius fluminis seu torrentis et quomodo refici debeant'; lib. VI, cap. 35, c. 280-1: 'Ordinamus et declaramus omnes et singulas aquas devenientes et decurrentes et que in futurum decurrent tam ex flumine Situlae... quam ex... aliis quibuscumque fluminibus et torrentibus aliunde venientibus et decurrentibus per civitatem districtum et ducatum Regii... fuisset et esse sic debere prefate communitatis et in ipsis aquis alveis aggeribus ripis et viis non licere ullo umquam tempore alicui personae nobili vel plebeiae et seu universitati se intromittere quomodolibet nisi cum licentia et voluntate dicte communitatis'; *Statuta civitatis Mutinae, anno 1327 reform.* (*Mon. di storia patria per le prov.* Mod. 1864), lib. IV, rubr. 62, p. 420: 'De canalibus non frangendis et de non faciendo aliquam clusam in flumine vel sdugarto'; lib. V, r. 27, p. 549: 'De Panario deradendo'; r. 28, p. 549: 'De ruta sive de bocha Panarii claudenda et arginem fatiendo'; r. 34, p. 551: 'De fluminibus Sytolae et Panarii per potestatem et sapientes videndis'; *Statuta comm. Bononiae 1245-1250*, *Statuti di Bologna dall'anno 1245 all'anno 1367*, Bologna, 1869: I, c. 22, vol. I, pagina 159: 'Sacramentum superstantium stratis et aquis'; *Statuta comm. Bo-*

XI.

A codesta comunanza di regole e discipline fissate pei corsi d'acqua non perenni come pei perenni, corrisponde in guisa molto significativa la tendenza di quei medesimi giureconsulti, che pure accettano la partizione romana fra la condizione degli uni e quella degli altri, a restringere entro confini via via più circoscritti il novero dei corsi d'acqua considerati come torrenti, ed a trattare invece come fiumi in senso tecnico dei corsi d'acqua che certo avevano fisicamente natura di torrenti. Ad esempio di corsi d'acqua da riguardarsi come torrenti la Glossa cita solo il Ravone ed il Meloncello ¹⁾; Odofredo ricorda l'Aposa ²⁾. E, nel secolo XVI, il Berò, in un responso celeberrimo presso i giuristi di quell'età, pronunziato sopra una controversia di capitale interesse pel Duca di Firenze, attribuisce carattere pubblico al Chiana ³⁾. Poco di poi un tecnico assai autorevole in materia di diritto fluviale, G. B. Aimi, il cui *Tractatus singularis de universo alluvionum iure* godette di autorità enorme persino a tutto il secolo successivo nel quale ebbe l'onore di una ristampa e di annotazioni in Germania, a cura del Fritsch; G. B. Aimi, diciamo, nell'atto stesso in cui riproduce la partizione romana tra i fiumi pubblici ed i privati, attribuisce carattere pubblico, oltre che al Taro ed al Parma, anche a quel modesto

nonie, ann. 1250, in Statuta cit., vol. II, lib. V, c. 368, r. 524: 'Quod Aposa stet disgombrata a civitate inferius'; lib. IX, r. 80, p. 393: 'De lecto Renti disgombrando'; IX r. 11, p. 349: 'Quod potestas teneatur videre cum VIII bonts hominibus et uno ingegnerto aquas Samodie et Lavini et altas aquas; IX r. 75, pagina 591: 'De flumine Ydicis fodiendo'; IX, r. 163-a, p. 432: 'De aqua Sapinae dividenda'; IX, r. 163-c, p. 433: 'De laboreritis fluminum communis qualiter fieri debeant et per quos'; IX, r. 375, p. 535: 'De fluminibus Samodie et Lavini manutenendis'; IX, r. 434, p. 575: 'De cavamento fluminis Ydicis faciendo'; IX, r. 494, II, p. 602: 'Quod quelibet terra in cuius curia aqua Samodie Lavini labitur teneatur manutenere argeles destructos et destruendos'; Statuta civilia et crimin. civitatis Bononie, Bononiae, 1737, vol. I, p. 334: 'De fluminibus Rheni Sapinae et Idicis'; vol. II, p. 141: 'De ripis fluminis Samodie reparandis'.

¹⁾ Glossa ad l. 1 D. de fluminibus.

²⁾ ODOFREDO, *Prael. in postr. Pand. Iust. tomum vulgo digestum novum*, Lugd. 1552, c. 24.

³⁾ BERO, *Constita*, Bononiae, 1567, III, n. 140, pp. 394 e segg.

Stirone confluyente del Taro, che normalmente è privo d'acqua alle prime caldure ¹⁾).

Così già all'età successiva alla comunale i torrenti ridotti entro corsi stabili e fissi venivano ad assumere nella comune coscienza giuridica, in contrasto con quei medesimi testi romani che pur si seguitarono a riferire e ad interpretare tradizionalmente, un trattamento identico a quello dei fiumi.

E cioè si veniva a stabilire via via la condizione pubblica dei torrenti, molto tempo innanzi al momento in cui qualche legislazione positiva precedente al Codice attuale la pronunziasse in modo esplicito ²⁾.

EMILIO COSTA.

¹⁾ AIMI, *Tract. sing.* cit., pp. 101-2: 'Quod igitur navigabile aut perenne plerumque fuerit, id flumen publicum erit, ut in agro parmensi Padus, Tarus, Parma, et inter cetera Stironis torrens, qui in Tarum influit, ab Apennino procedens et quoddam meum praediolum e duobus lateribus in Carezeti pago praeterfluit'.

²⁾ Precedentemente al cod. civ. ital. (art. 427) solamente l'Albertino (art. 420) assimilava in Italia i torrenti ai fiumi, per quanto spetta la loro condizione di demaniali. Gli altri codici improntati sul napoleonico attribuivano codesta condizione solo ai corsi d'acqua navigabili o atti al trasporto. Ma, a parte le legislazioni che stabilivano in generale la pubblicità di tutte le acque, come la Veneta del 1556, susistevano varie disposizioni intese a sottoporre anche i torrenti a discipline amministrative analoghe a quelle dei fiumi, sia in Toscana (*Regolam. gen. 10 aprile 1792*, art. 34) sia nel Parmense (*Regolam. per le fabbriche, acque e strade del 21 aprile 1821*, art. 138). Nello Stato pontificio un *Motu-proprio* del 23 ottobre 1817 e nelle due Sicilie, un rescritto del 17 giugno 1850, dichiaravano appartenenti al demanio pubblico i fiumi tutti, anche i non navigabili e non atti al trasporto; espressione che poteva dunque intendersi estensibile anche ai torrenti. Per tutte cotali notizie rinvio all'ottimo libro del DE BOSIO, *La legislazione delle investiture di acque per irrigazioni e movimento di opifici*, Verona, 1860, pp. 309 e segg. Nella legislazione del Lombardo-Veneto poteva dubitarsi se fra le acque pubbliche si avessero a comprendere anche quelle dei torrenti. Cfr. DE BOSIO, *Della proprietà delle acque e della necessità di rettificare la pratica vigente nel Veneto circa alla distinzione di quelle in pubbliche e private*, Verona, 1858; che però si pronunzia per la negativa.

“SYNDICUS”

Numerosi testi delle Pandette affermano che le città (*civitates*), le corporazioni (*collegia*) o – come i Giustinianeî dicono ¹⁾ – le *universitates* sono rappresentate in giudizio da un « *actor sive syndicus* ».

Col solito penetrante acume il Mitteis ha già rilevato ²⁾ che la rappresentanza processuale delle città doveva essere nell'epoca classica affidata ad *actores*, volta per volta designati: che soltanto nell'epoca post classica la rappresentanza processuale delle città doveva essere stabilmente affidata a *syndici*.

Il Mitteis, per dimostrare questa tesi, richiama l'interpolazione eseguita nel fr. 6 § 1 D. 3. 4 (Paul. l. 9 ad ed.), nel quale dapprima si avverte:

« Si decuriones decreverunt actionem per eum movendam ³⁾ quem duumviri elegerint, is videtur ab ordine electus et ideo experiri potest: parvi enim refert, ipse ordo elegerit an is cui ordo negotium dedit . sed si ita decreverint, ut quaecumque incidisset controversia, eius petendae negotium Titius haberet, ipso iure id decretum nullius momenti esse, quia non possit videri de ea re, quae adhuc in controversia non sit, decreto datam persecutionem:

e poi in una maniera affatto sorprendente si conchiude:

sed hodie haec omnia per syndicos solent secundum locorum consuetudinem explicari.

¹⁾ Cfr. E. ALBERTARIO, *Universitas personarum* (Note critiche) di prossima pubblicazione.

²⁾ *Römisches Privatrecht*, 388, n. 41.

³⁾ L'espressione *actionem movere* è, secondo i rilievi di acuti critici recenti (SEGRE, ROTONDI), compilatoria, ma in questo testo il SEGRE stesso (*La denominazione di actio confessoria* etc., in *Mél. Girard*, 1912, p. 81, n. 5) dichiara di non trovare sufficienti ragioni di sospetto.

Come è risaputo, questa stonata conclusione apparve giustiniana già al Fabro ¹⁾ ed è ora generalmente ammessa ²⁾.

A me sembra che la tesi del Mitteis sia esatta; che abbisogni, però, di una più larga e decisiva dimostrazione.

È quanto in questa brevissima Nota mi propongo di fare.

È da avvertire, innanzitutto, che il termine « *syndicus* » non è latino, ma semplicemente trasportato nella lingua latina dalla greca. Ci illumina su questo punto il fr. 18 § 13 D. 50. 4 (Arcadius Charisius l. singularem de muneribus civilibus):

Defensores (s'intende: civitatis) quoque, [quos Graeci syndicos appellant, et] qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur, laborem personalis muneris adgrediuntur.

Abbiamo qui la precisa testimonianza dell'origine greca della parola: perciò — anche — dell'origine greca dell'istituto. Quelli, che per i Romani sono i *defensores civitatis*, per i Greci sono i *syndici*. Che si vorrebbe di più, per dimostrare che il *syndicus* non può essere il rappresentante processuale classico delle città e, in generale, delle corporazioni?

La dimostrazione è pienamente, per quanto assai semplicemente, data ³⁾.

Ma intorno a questo testo son possibili ulteriori considerazioni e più decisivi rilievi.

A chi appartiene l'osservazione:

quos Graeci syndicos appellant?

al giureconsulto, forse? od ai compilatori?

Io rilevo come, in generale, sia assai probabile l'origine compilatoria di quegli incisi, in cui a un termine o ad un istituto romano si vuol aggiungere il corrispondente termine o istituto greco ⁴⁾.

¹⁾ Cfr. A. DE MEDIO, *I Tribonianismi avvertiti da A. Fabro*, in BIDR. 1900-901.

²⁾ Cfr. le ultime edizioni del Digesto (1908 e 1911). Vedi anche E. ALBERTARIO, *Hodie* (contr. alla dottr. delle interp.), Pavia, 1911, p. 10; BESELER, *Beiträge*, 2, 98.

³⁾ Cfr. la voce σύνδικος in *Thesaurus graecae linguae*, 7, 1275. Nei *Lessici latini*, ad es. in quello del FORCELLINI, la voce *syndicus* appare soltanto all'inverso i testi delle Pandette, dove è interpolata.

⁴⁾ Dello stesso avviso mi consta essere anche il DE FRANCISCI, il quale anzi, a questo riguardo, è forse ancor più radicale.

« *Quos Graeci syndicos appellant* » (D. 50. 4. 18. 13); « *quod Graeci συνάλλαγμα vocant* » (D. 50. 16. 19); « *quam Graeci κατοχήν dicunt* » (D. 41. 2. 1. pr.) e le altre simili sono dilucidazioni assai bene spiegabili già per se stesse, se si attribuiscono a compilatori *greci*; a compilatori greci che si propongono, anche, di raggiungere uno scopo *didactico*; assai meno spiegabili, se si attribuiscono ai classici giureconsulti.

Di alcune di esse, poi, come di quelle particolarmente citate, l'origine compilatoria non può essere dubbia.

Non insisto sulla interpolazione « *quod Graeci συνάλλαγμα vocant* » del fr. 19 D. 50. 16, già segnalata dal de Francisci ¹⁾: io voglio soltanto fare qualche osservazione intorno alle altre.

Così, per quanto riguarda la dilucidazione « *defensores quoque, quos Graeci syndicos appellant* », noi possiamo rilevare sulla scorta delle fonti, soprattutto sulla scorta della parte genuina del fr. 6 § 1 D. 3. 4, che i rappresentanti processuali della civitas, i *defensores* o *actores* che si vogliano dire, erano nominati volta per volta: *ad certam causam agendam vel defendendam*, come lo stesso fr. 18 § 13 D. 50. 4 avverte.

Il fr. 6 § 1 cit. ammonisce che se i decurioni « *ita decreverint, ut quaecumque incidisset controversia, eius petendae negotium Titius haberet, ipso iure id decretum nullius momenti esse, quia non possit videri de ea re, quae adhuc in controversia non sit, decreto datam persecutionem* ». Queste ultime parole attestano nel modo più chiaro che una rappresentanza processuale *fissa* delle città non era dai Romani conosciuta.

I *syndici*, invece, come risulta dal sicuramente interpolato inciso finale del fr. 6 § 1 D. 3. 4 — che ha richiamato il Mitteis — erano rappresentanti processuali stabili. Tutte le controversie (*quaecumque incidisset controversia!*) sogliono essere risolte per mezzo dei *syndici*. Gli interpolatori avvertono che esse « *per syndicos solent secundum locorum consuetudinem explicari* ».

Come si possono dunque confondere i *defensores* o *actores* romani e i *syndici* greci? come si può dire che un istituto equivale all'altro? Un giureconsulto classico direbbe cosa inesattissima: farebbe una imperdonabile confusione!

¹⁾ Cfr. συνάλλαγμα, p. 122.

Ma qui occorre fare un'esegesi più precisa del fr. 18 § 13 D. 50. 4, che stiamo considerando. L'opera dei Giustinianeî non si limitò a dilucidare i *defensores* così:

quos Graeci syndicos appellant,

ma aggiunsero anche il successivo «*et*».

Nell'epoca giustiniana esiste il *syndicus*, rappresentante processuale stabile della *civitas* e, in generale, della corporazione. Ma il rappresentante *ad certam causam* non è abolito. Perciò i compilatori, mentre il testo classico avvertiva:

Defensores quoque, qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur...

interpolano:

Defensores quoque, [quos Graeci syndicos appellant, et] qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur...

Così i *defensores* romani non sogliono nell'epoca giustiniana essere nominati *ad certam causam*: possono esserlo: ma solitamente sono rappresentanti stabili, e più propriamente, allora, sono detti *syndici*).¹

¹) L'origine compilatoria della dilucidazione contenuta nel fr. 1 D. 41. 2 mi sembra evidente.

Paul. l. 54^a ad ed.: *Possessio appellata est, ut et Iabeo ait, a sedibus quasi positio, quia [naturaliter] tenetur ab eo, qui ei insistit, [quam Graeci κατοχήν dicunt.] § 1 Dominiumque rerum ex [naturali] possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur, nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint.*

È mai possibile che Paolo confondesse così stoltamente la *possessio* romana e la κατοχή greca? Che svalutasse e fraintendesse la *possessio* romana fin da farne tutta una cosa colla semplice *detenzione*? Se si attribuisce, invece, ai Greci la dilucidazione *quam Graeci κατοχήν dicunt*, essa - se non si giustifica - si spiega.

I Greci non avevano un istituto corrispondente alla *possessio* romana. La loro κατοχή corrispondeva propriamente alla romana detenzione. Pure essi arrivarono ad avvicinare in questo fr. i due diversi istituti - il possesso e la detenzione - in quanto la *possessio* romana e la κατοχή greca sono fuse nella incolore categoria giustiniana della *possessio naturalis*.

Questa terminologia, infatti, come ho già avvertito (vedi da ultimo le mie Lezioni su *Il possesso*, Camerino, 1913), indica nell'epoca giustiniana anche il

Nel fr. 18 § 13 D. 50. 4 noi abbiamo la prova *decisiva* che, tutte le volte che i testi romani chiamano *syndicus* il *defensor*, l'*actor* di una *civitas* o, in genere, di una corporazione, ci troviamo innanzi ad una interpolazione sicura. Se non si ammette ciò, la dilucidazione contenuta nel fr. 18 § 13 cit. non avrebbe senso: anzi, sarebbe falsa.

Ma, anche prescindendo da ciò, i testi delle Pandette, in cui la parola *syndicus* si incontra, si possono con facile esegesi dimostrare interpolati. Dobbiamo adesso ad uno ad uno considerarli.

Fr. 1 § 2 D. 50. 4 (Hermog. l. 1° epit.):

Personalia civilia sunt munera defensio civitatis, [*id est ut syndicus fiat*]: legatio ad censum accipiendum vel patrimonium: scribatus: *καμηλασία*: annonae ac similium cura: praediorumque publicorum: frumenti comparandi: aquae ductus: equorum circensium spectacula etc.

Non è chi non veda l'origine compilatoria della spiegazione « *id est ut syndicus fiat* ». Essa è rivelata dal passaggio *id est* (sono noti a tutti i rilievi a questo riguardo fatti dall'Eisele) e dalla strana inconcepibile mancanza del soggetto. *Id est ut syndicus fiat*: chi?

Visibilmente interpolato è anche il fr. 5 § 10 D. 43. 24 (Venul. l. 2° interd.):

Idem (Labeo) ait et adversus procuratorem tutorem curatorem municipumve [*syndicum*] alieno nomine interdicti posse.

possessò vero e proprio, non altrimenti della φυσικὴ νομή che indica ad un tempo - letteralmente traducendo la nuova giustinianea *possessio naturalis* - possesso e detenzione. E una prova di ciò io trovo anche in questo stesso testo, dove, mentre il giureconsulto avvertiva:

Dominiumque rerum ex possessione coepisse Nerva filius ait.

i compilatori interpolano:

Dominiumque rerum ex [*naturali*] possessione coepisse Nerva filius ait.

Se « *ex naturali* possessione » fosse espressione classica, siccome i classici - come il Riccobono ha vigorosamente dimostrato - esprimono con *possessio naturalis* sempre e soltanto la detenzione, vorrebbe dire che la proprietà ebbe origine dalla detenzione: il che è impossibile dire.

Naturalis possessio invece, qui, nel pensiero dei compilatori indica il possesso vero e proprio, che è chiamato *naturalis* per il motivo che « quae terra mari caeloque capiuntur, protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint ».

La *possessio* è chiamata dai Giustinianeî *naturalis* perchè l'occupazione è un modo *naturale* d'acquisto!

L'interpolazione della parola « *syndicum* » è dimostrata dal fatto che nel successivo § 12 di questo stesso fr. è ripetuto l'elenco delle persone contro le quali Labeone dice che si può « *alieno nomine interdici* » con un cambiamento significativo:

Similiter quod iussu cuius factum erit, ob id non cum eo, sed cuius nomine iusserit, haec actio est. nam si *procurator*, *tutor*, *curator*, *duumvir municipii*, quod eius nomine ageret, cuius negotium procuraret, fieri iusserit, ob id agendum erit cum eo, cuius nomine factum quid erit...

Invece di « *municipumve syndicum* » come nel § 10, qui nel § 12 c'è « *duumvir municipii* ». È, dunque, chiaro che anche nel § 10 il « *syndicus* » non c'era, ma che è stato sostituito a « *duumvir* » dai compilatori, i quali però si dimenticarono di operare la sostituzione anche nel § 12.

Ci resta da considerare il fr. 1 D. 3. 4, che accenna al *syndicus* nei § 1 e nel § 2:

Fr. 1 § 1: Quibus autem permissum est corpus habere collegii... proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem [*sive syndicum*], per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

Fr. 1 § 2: ...et quidem non esse actorem [*vel syndicum*] tunc quoque intellegimus, cum is absit aut valetudine impediatur...

Mi pare che, dopo le osservazioni generali già svolte, dopo i rilievi esegetici fatti intorno ai vari testi, non si debba esitare nel ritenere « *sive syndicum, vel syndicum* » aggiunte giustiniane. Aggiunte, la cui origine spuria è confermata nel primo caso dal *sive*, nel secondo dal *vel*.

Conchiudendo, ci troviamo innanzi ad un termine nuovo: al σύνδικος, anziché al *defensor* o all'*actor* romano; e ci troviamo di fronte a un istituto nuovo: a un rappresentante processuale fisso, anziché ad un rappresentante processuale temporaneo.

Questa seconda constatazione appartiene già al Mitteis, ma mi è sembrato opportuno rischiararla e dimostrarla con una esegesi precisa.

RECENSIONI

Senn, *Études sur le droit des obligations*, 1914, tome premier, I, pag. 191.

Librairie de la Société du recueil Sirey — L. 6.

Il primo studio, il solo finora pubblicato di questo volume primo, è interamente dedicato alla donatio mortis causa. Nessuna meraviglia che una serie di studi sulle obbligazioni si iniziò proprio con l'esame di un istituto la cui importanza per la conoscenza del diritto delle obbligazioni può sembrare ben scarsa: il Senn, muove dalla dottrina della causa e sottopone a nuovo esame la donatio mortis causa considerandola come negozio giuridico *causale*, nel senso che il negozio deriva dalla *causa* la sua autonomia e la sua denominazione affermata fra tante denominazioni di istituti giuridici (pag. 4 e seg., 127); il S. parla di atto giuridico causale nello stesso modo con cui i giuristi dicono che un negozio è conchiuso donationis causa, dotis causa, ecc. Ora la donatio mortis causa costituisce appunto un esempio di negozio causale, che il S., scegliendo fra tanti negozi, esamina da questo speciale punto di vista, giacchè quanto è detto per la donatio m. c. vale anche per la donatio pura e semplice, per la dote, per la transazione, ecc. Tutti questi atti possono conchiudersi colle forme più diverse (mancipatio, traditio, stipulatio, acceptilatio...); ma quello che li distingue da tutti gli altri innumerevoli negozi giuridici non è la forma, ma la *causa*, cioè lo *scopo* che si propongono le parti. Quindi duplice è l'indagine che si propone il S.: ricercare la funzione della donatio m. c. nelle sue origini e nel corso della sua evoluzione, e determinare quale forma tecnica potè servire in origine a realizzare quello scopo che le parti si proponevano, poichè è chiaro che i principi speciali della forma tecnica impiegata dovettero contribuire a plasmare l'istituto della donatio m. c., e molti principi che ad esso sono peculiari discendono non tanto dalla essenza del negozio che, come s'è visto:

è individuato solo dalla causa, quanto dalla forma tecnica adoperata in origine e poi prevalentemente nella pratica.

Il S. ricollega il sorgere della donatio m. c. e a sua funzione primitiva alle deficienze del testamento comiziale: questo poteva farsi in due giorni fissi dell'anno; orbene chi fosse stato sorpreso da grave malattia o minacciato da imminente pericolo, potè aver pensato di trasferire ad un amico le proprie sostanze in tutto od in parte, convenendo però la restituzione dei beni trasferiti qualora egli ricuperasse la salute o superasse il pericolo (pag. 8). Questo fu il primo caso e lo scopo primitivo della donatio m. c., e la forma più adatta dovette essere la mancipatio con pactum fiduciae. La mancipatio fiduciaria non solo fu la forma primigenia ma anche prevalente in tutto il diritto classico; ed appunto dalla mancipatio fiduciaria traggono origine molti dei principî particolari della donatio m. c. (pag. 40 e segg.). Anche dopo il riconoscimento del testamento per aes et libram e l'introduzione dei legati, la donatio m. c. non perde la sua importanza pratica. Il testatore ad evitare la inefficacia dei legati per ripudio dell'eredità, poteva servirsi piuttosto della donatio m. c.; di questa si serviva nel caso che volesse attribuire certi beni ad una persona subito e non mortis tempore, senza peraltro togliersi la facoltà di riprenderli principalmente nel caso di premorienza del donatario; e per un certo periodo di tempo la donatio servi anche a frodare le leggi caducarie (pag. 39 e segg., 106 e segg.).

Questa è in breve la tesi che il Senn si propone di dimostrare con quella ampiezza di indagine e finezza di osservazioni che sono ben note nell'egregio autore. Non è questo il luogo di vedere se la dimostrazione possa dirsi raggiunta o se piuttosto l'origine della donatio m. c. debba ricercarsi in altra direzione, e la storia dell'istituto tracciarsi ben diversamente, giacchè della questione ho avuto occasione di occuparmi altrove con più agio (*Appunti intorno alla donatio m. c.: I. La storia della donatio m. c. e l'origine dei legati* negli « Annali dell'Un. di Perugia », 1914). Comunque, il merito del Senn è quello di avere affermato la vera natura della donatio m. c., ponendo il problema della sua origine e della sua storia in termini netti e precisi.

L'indagine del Senn non si esaurisce ai problemi di origini, ma la donatio m. c. è studiata storicamente in ogni suo aspetto. Così i capitoli II a VI sono dedicati alle singole forme di donatio m. c.

(alienazione fiduciaria, stipulatio, contratto innominato, ecc.). Il cap. VII tratta della storia comparata dei legati e della donatio m. c., l'VIII della donatio m. c. nella legislazione giustiniana. È a lamentare però che in questi due capitoli, come spesso quà e là, il Senn ripeta insegnamenti già sorpassati e non abbia tratto profitto della bella indagine critica del Cugia (*L'espressione mortis causa*, Napoli, 1910) intorno al valore della causa mortis in ispecial modo nella m. c. capio e nella m. c. donatio, ed alla nota equiparazione giustiniana della donatio m. c. al legato.

Una serie di note pregevolissime chiude questo primo volume (127-188) su argomenti via via trattati le quali non avrebbero potuto trovar luogo nel contesto senza costituire delle lunghe digressioni. Talune di tali note per la loro ampiezza e la novità dei risultati potrebbero dirsi delle vere monografie; così quella sulla questione del trasferimento della proprietà sotto condizione o termine risolutivo, che il S. aveva già pubblicato con qualche ampliamento negli *Études d'histoire juridiques offertes à P. F. Girard*, 1913, I, pagg. 283-300. L'importanza dell'argomento e la novità delle idee del S. mi inducono a discuterne brevemente. Il principio «*proprietas ad tempus transferri nequit*», che si è isolato dalla costituzione genuina di Diocleziano contenuta in Fr. Vat. 283, per il S., è un concetto non romano, dovuto ad una «*construction fantaisiste des interpretes du xix siècle*» (pag. 95); la proprietà può trasferirsi a tempo: esempi classici sono l'alienazione fiduciaria e la convenzione *do ut reddas*. È chiaro però che con ciò il S. mette insieme elementi e concetti diversi. Quando si dice la proprietà non può trasferirsi a tempo, si afferma che la proprietà non può essere revocata con efficacia *reale*, ma non si esclude, nè si può escludere, la revoca con efficacia *obbligatoria*; ora appunto nell'alienazione fiduciaria e nel *do ut reddas* non si ha un trasferimento a tempo: l'accipiens acquista irrevocabilmente la proprietà, soltanto egli in base al *pactum fiduciae* od alla convenzione di *reddere*, è *obbligato* a trasferire la proprietà all'alienante, ma nessuna azione reale compete a questi al verificarsi della condizione od al sopraggiungere del termine risolutivo. Il divieto del trasferimento a tempo costituisce poi la motivazione della decisione diocleziana del Fr. Vat. 283: «*si praediorum stipendiariorum dono dedisti ita ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad*

« *te[mpus] proprietas transferri nequiverit* ». Se a questa motivazione non si attribuisce il significato usuale di divieto di trasferimento a tempo, non si può arrivare a comprendere perchè mai la donatio possa essere *inrita*. È esatto il rilievo del S. (pag. 172) che cioè, trattandosi di praedia stipendiaria, non era possibile quella alienazione fiduciaria che, pur fatta in termini quasi identici, si dichiara valida nel fr. 42 pr. D. 39, 6; ma non si comprende perchè la traditio dei praedia stipendiaria con patto ut ad me redirent non si sia potuta interpretare come un contratto innominato del tipo do ut reddas; a noi non interessa sapere se Diocleziano avesse potuto accordare azione per l'esecuzione della convenzione, ma egli non poteva in alcun modo negare la efficacia della datio, quando già i Sabiniani (fr. 35, 3 D. 39, 6) e la pratica costante dei classici non esitavano ad accordare la condictio nel caso di trasferimento con patto di restituzione si donator convalluerit o si is qui accepit prior decesserit: evidentemente la convenzione do ut reddas si considerava come iusta causa traditionis e la proprietà s'intendeva passata, tanto vero che si accordava la condictio. Diocleziano avrebbe allora rotto la tradizione giuridica classica decidendo che la donatio è *inrita*? Del resto, ammesso pure col S. (pag. 175) che Diocleziano non riconoscesse nel do ut post mortem tuam reddas una iusta causa traditionis, se questo fosse stato proprio l'ordine di idee diocleziano, la motivazione non doveva forse essere diversa di quella « cum ad tempus proprietas transferri nequiverit »? Piuttosto è a ritenere che il negozio intorno a cui si invocava l'autorità dell'Imperatore non poteva ricondursi allo schema do ut reddas, cioè trasferimento con *obbligo* di restituzione; il donante dovette trasferire i praedia stipendiaria in modo che alla morte del donatario la proprietà sarebbe ritornata a lui; ma la traditio di una cosa in modo che la proprietà cèssi in un dato momento, manca di una iusta causa, perchè un trasferimento a tempo della proprietà non è ammesso; ed allora la donatio è invalida « cum proprietas ad tempus transferre nequiverit ».

Nonostante questi ed altri dissensi dalle idee del S., bisogna essere sinceramente grati all'illustre A. per avere iniziato con larghezza e genialità di vedute questa serie di studi sul diritto delle obbligazioni che, a giudicare da questo primo saggio, promettono di essere oltremodo fecondi di nuove idee e di nuovi orientamenti nell'indagine storica del complesso istituto dell'obligatio. BIONDO BIONDI.

TEORIE VECCHIE E NUOVE SULL'ORIGINE DELL'EREDITÀ

Sommario. — Il concetto dell'origine dell'*hereditas* dalla successione sovrana. Sua accoglienza in Italia e all'estero. — 2. Teorie similari svolte in seguito dal Costa e dal Mitteis. — 3. Le teorie divergenti. — 4. La teoria del testamento-adozione. Sua critica. — 5. Critica della teoria del testamento-adozione disegnata dal Perozzi. — 6. La teoria della formazione recente e giurisprudenziale della *heredis institutio* e della *successio in universum ius*. — 7. Critica della dimostrazione del Lenel, Preconcetti e presupposti generali. — 8. La formula decemvirale *familiam habeto* e l'*aditio*. — 9. Il precetto decemvirale *ut legassit super pecunia tutelave suae rei*. — 10. La formula della *nuncupatio* nel testamento *per mancipationem*. — 11. Gli ostacoli alla tesi del Lenel ed i suoi espedienti. Il principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. — 12. La responsabilità personale ed illimitata pei debiti. — 13. L'origine giurisprudenziale della *heredis institutio* mediante la conversione di uno dei legatari in erede e la degradazione degli altri legatari. — 14. L'*heredis institutio* ignota ancora al tempo di Plauto. — 15. Principi e fenomeni non esaminati dal Lenel. — 16. Il preteso pregio storico della teoria: il diritto romano esce dall'isolamento. — 17. Valutazione del metodo naturalistico in contrasto con le aberrazioni del metodo critico.

1. Il concetto dell'origine dell'eredità dalla successione sovrana, come appare da studi recenti (Baviera, Benvenuto Donati), era stato intuito nettamente dal Vico ed è veramente strano che la tesi lucida e precisa, come è stato giustamente rilevato, del padre della ricerca scientifica nella storia non abbia mai colpito e spinto alla verifica positiva, anzi sia caduta interamente nell'oblio.

In Italia il concetto da me svolto in più scritti ha incontrato larga e quasi unanime adesione tra i giuristi. In Italia e in Germania, poi, vi si ispirano due concezioni di natura, diremo, più temperata, ma più vaga, quella del Costa e quella del Mitteis. All'estero, peraltro, i miei studi sull'eredità sono ignorati o noti soltanto pel ti-

tolo¹). Teorie veramente antistoriche e soprattutto antiromane, fondate sul presupposto che l'eredità romana servisse *ab origine* ai puri fini patrimoniali, anzi più all'origine che in seguito, riscuotono il maggior credito anche nelle menti più illuminate, e taluna di queste dottrine ha incontrato favore anche in Italia.

All'esame delle varie teorie divergenti dalla mia dedico il presente scritto. Dirò brevemente di quella del Costa nell'ultima sua forma e di quella del Mitteis, coi quali, se si volesse intenderci chiaramente, si dovrebbe scender sullo stesso terreno.

2. Il Costa parve nelle origini seguace del mio concetto. In seguito però egli modificò o spiegò meglio il suo pensiero, limitando la misura del suo assentimento: successione nella *familia* non significa per lui, come invece per me, che usai pure tale espressione, successione nell'impero sulla *familia* intesa come organismo sociale, nel governo di essa, bensì successione in una serie di elementi patrimoniali ed extrapatrimoniali, che egli sembra riassumere nel termine *familia*, come il culto, i sepolcri, l'*hospitium*, il patronato e le opere dei liberti.

In questa forma peraltro la tesi del Costa cesserebbe di essere una tesi circa l'origine dell'eredità, poichè, almeno secondo l'autore, l'eredità comprende tutti quanti cotesti rami extrapatrimoniali anche nel diritto classico, e per conto mio potrei aggiungere all'elenco del Costa i debiti stessi, che non sono concepiti dai Romani come elemento dei *bona*.

E per vero il Costa da ultimo si è spiegato assai chiaramente in questo senso: il concetto della successione nella *familia* sarebbe per me nell'età del diritto classico un ramo secco, per lui un ramo ancor vivo e verde²).

Tuttavia la divergenza corre il rischio di essere puramente di parole. Anzitutto per il diritto classico io convengo, con alcune riserve,

¹) Fanno eccezione, s'io non m'inganno, soltanto il MITTEIS, che ne ha una vaga cognizione, il LENEL (vedi in seguito) e il RABEL, *Grundzüge des röm. Privatrechts* in HOLTZENDORFF-KOHLER, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, 7^a ed. 1915. p. 517, n. 2, i quali non ignorano almeno la mia tesi. Uno studioso recente, F. VON WOES, *Das röm. Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin, 1911, rappresenta in ordine al testamento (vedi in specie p. 29 e segg.) idee piuttosto analoghe alle mie, e con perfetta indipendenza, perchè ignora completamente i miei scritti.

²) COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Torino, Bocca, 1911, pp. 459-461 in fine (V. specialmente la chiusa della lunga nota a pag. 464).

che l'eredità comprende rami extrapatrimoniali, anzi novero tra questi, come ho detto, dal punto di vista genuinamente romano (non dal punto di vista del pensiero bizantino, che ha deformato la *successio* e creato l'*universitas*), anche i debiti.

Io dubito soltanto della convenienza di continuare nel diritto classico a definire l'eredità con questa formula di successione nella *familia*. Da un lato il termine *familia* illude, in quanto fa supporre un'estensione troppo vasta della *hereditas* in senso obbiettivo, mentre niuna potestà sulle persone è più oggetto della successione; dall'altro lato quella formula confonde l'antitesi oramai costituitasi nel diritto classico tra *familia* ed *hereditas*, in quanto alcuni elementi, come i sepolcri, oscillano tra la *familia* e l'*hereditas*, mentre altri, come il patronato e le opere dei liberti, piegano decisamente più verso la *familia* che verso l'*hereditas*. E dato questo fenomeno - che prosegue ininterrotto dall'età più vetusta - di scissione della *familia* dall'*hereditas*, di separazione degli elementi che oramai sono attratti dalla prima e di quelli che aderiscono pur sempre all'altra; dato che *familia* riassume ora precisamente quegli elementi che si sono staccati dall'*hereditas*, non è forse un linguaggio scevro di equivoci l'usare ancora il termine *familia* a significare l'oggetto dell'eredità.

Certamente la formula « successione nella *familia* » o « continuazione della *familia* », piace e riscuote una notevole popolarità; ma io non so scorgere altra ragione di questa popolarità se non quella simpatia del vago e dell'indeterminato, che attrae specialmente nelle materie oscure e rannoda tutti i timidi e gl'incerti. È per l'appunto una di quelle formule politiche, che non sono propriamente l'espressione di un pensiero, ma servono al pensiero come di richiamo sonoro: ciascuno v'intende quello che vuole e se l'argomento degli studi non gli è straniero, mentalmente e inconsapevolmente corregge il difetto di espressione, se gli è straniero, sente di non compromettersi.

Ad ogni modo queste osservazioni non toccano la sostanza; è certo che il Costa avverte che l'eredità pur nel diritto classico comprende ancora elementi extrapatrimoniali. Sembra unicamente che la sua dottrina non sia e non voglia essere una teoria genetica. Quelle che per me sarebbero le sopravvivenze di un contenuto più largo, sono e rimangono per il Costa, se io non erro, in ogni fase storica, dal diritto più vetusto al diritto classico, tutto il contenuto dell'eredità.

E nondimeno anche per le origini la formula preferita dal Costa, la quale io pure ho adoperato talvolta come formula genetica, potrebbe rappresentare *nel contenuto stesso che il Costa vi riconosce*, la mia stessa teoria genetica. Se infatti noi ci figuriamo, come naturalmente ognuno deve ammettere, che quegli elementi extrapatrimoniali pur dal Costa riconosciuti avessero in antico un carattere ben più serio e una ben più grave efficienza, fossero veramente rami vivi e verdi, essi verrebbero a costituire un insieme tale di poteri e doveri da conferire all'erede la rappresentanza di un gruppo più vasto della famiglia classica (forse la stessa *gens*), meritando nel loro complesso il nome di sovranità. Se noi, infatti, ci riportiamo ad un'età in cui la responsabilità di un gruppo e del suo capo, in cui l'*amicitia* e l'*hospitium* acquistano un'impronta quasi internazionale, il culto familiare e i sepolcri costituiscono una religione, la tutela è una vera potestà sugli impuberi e sulle donne, che ancora all'epoca dei Baccanali appaiono soggette al *ius vitae et necis* dei tutori; se poniamo che tuttocìò doveva pur stabilire una certa subordinazione dei membri adulti all'autorità di questo capo, se ci raffiguriamo, insomma, la vivace immagine di un erede, il quale è non solo il depositario del nome e della dignità della casata intera, ma è investito di tali poteri e di tali funzioni in rappresentanza delle singole famiglie, noi non potremmo riassumere la posizione dell'*heres* se non nel termine di sovranità; poichè sovranità, com'è ben ovvio, è concetto assai elastico nel suo contenuto ed io mi sono ben guardato dal ricostruire l'estensione della potestà dell'erede sovrano. E per quell'epoca primitiva il parlar di continuazione della *familia* sarebbe termine esatto, poichè *familia* ed *hereditas* coincidevano. Ma forse, ripeto, l'erede, più che la *familia*, continuava la *gens* ed era il *pater gentis* ed il rappresentante di essa in Senato, come il primogenito nella Camera dei Lords.

Anche il Mitteis, richiamando i miei studi, dichiara, in opposizione col Pernice, che l'eredità doveva avere in antico un contenuto più spirituale al di sopra della pura e semplice patrimonialità ¹⁾. Tuttavia egli sembra nel concetto un aderente alla teoria del testamento-adozione.

¹⁾ MITTEIS, *Das röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, Leipzig, 1908, § 6, specialmente p. 98, n. 11.

3. In generale peraltro, come ho già detto, negli autori stranieri l'eredità è schiettamente patrimoniale *ab origine*, anzi negli autori più decisi emerge una tendenza radicale in senso opposto, in quanto, ravvisando molto vagamente e incompiutamente nel contenuto e nella struttura dell'eredità classica qualche cosa di incongruo con la pura patrimonialità, si afferma e si tenta di dimostrare che precisamente questi elementi, che io ritengo primitivi, sono sopraggiunti in seguito. E poichè questi elementi sono più vivaci e balzano agli occhi nel testamento, anzi nel testamento sono visibili anche ai non romanisti, anche ai puri filologi, e poichè, altresì, il testamento come libera disposizione patrimoniale per atto di ultima volontà, collocato alle origini del diritto romano, appare un mostro, un miracolo unico ¹⁾, tutta la battaglia si è incontrata sul testamento. E qui siamo in tema di vere teorie genetiche opposte alla nostra concezione.

4. La teoria più seducente, perchè più conforme alla coscienza odierna e quindi al criterio ingannevole di verosimiglianza basato sui fini e i sentimenti attuali, è quella che vede nel testamento un'adozione compiuta per ultima volontà, cioè la chiamata di un estraneo nella famiglia e quindi nel patrimonio, ammessa solo in assenza di figli legittimi. I suoi aderenti (ricordiamo i nomi più celebrati, Gans, Schulin, Sohm) non si contano: i filologi (salvo il Pais) sono tutti in questa corrente ²⁾.

¹⁾ Nessuno ha espresso queste idee con maggior energia del LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 415.

Su questo punto conviene intendersi. Il diritto romano nella sua ossatura fondamentale appare giorno per giorno sempre più originale e irriducibile agli schemi dei diritti degli altri popoli ari: violentare le istituzioni per amor della comparazione è un giuoco ributtante e straziante non meno di quelli di cui si compiaceva il feroce ed ameno grassatore d'Eleusi. Ma questa ossatura è veramente primitiva e barbarica, e sono nel giusto gli scrittori che ripugnano dall'attribuire all'antico diritto romano un'istituzione servente agli scopi di società progredite, raffinate, di matura civiltà. Tale è il testamento classico con la sua impronta individuale e la sua funzione patrimoniale: ma tale non era nè l'impronta nè la funzione del testamento primitivo, come pur sempre l'ossatura fondamentale dell'istituzione fa manifesto a chi la osservi con occhio di critico e di giurista, a chi la osservi tutta.

²⁾ Un filone parallelo rappresenta la tesi del LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, pp. 411-500, il quale, con un cumulo di dati desunti dal diritto comparato, si sforza di riavvicinare il testamento romano al contratto successorio, vale a dire all'istituzione più ripugnante ai principi del diritto romano, più straniera alla sua compagine.

Gli argomenti cui si ricorre per dimostrare questa concezione sono in parte desunti dal diritto comparato, in parte dalla presunta connessione del testamento con l'arrogazione. Nel diritto comparato (si osserva da tutti gli scrittori) e specialmente nel diritto greco e nell'antico diritto germanico, che sono i diritti più studiati, non si conosce in origine se non la successione intestata dei figli: la successione testamentaria è sopraggiunta in seguito in difetto di figli, di regola nella forma della chiamata di un estraneo in qualità di figlio: e solo con l'emanciparsi progressivo dell'individuo essa ha potuto conquistare dignità eguale alla successione legittima. Venendo poi al diritto romano, si osserva che il testamento ha un'innegabile affinità di forme con l'arrogazione; entrambi gli atti si compivano davanti ai comizi curiati, anzi sono i due soli atti privati che seguono dinanzi a quella vetusta assemblea.

Evidentemente, si prosegue - con una di quelle frettolose illazioni, in cui la simpatia mentale turba il rigore logico - il testamento non doveva essere se non un'arrogazione *post mortem*. Qualche scrittore si è richiamato anche alle adozioni *post mortem*, che i giureconsulti romani ignorano, ma di cui a datare dalla fine della repubblica, e giù giù, nell'era del principato, gli esempi non mancano; il più celebre, com'è noto, è l'adozione di Ottavio per opera di Cesare.

Ora per quel che concerne il diritto comparato, io lo dissi più volte. Niun dubbio che la successione primitiva sia domestica, ed esclusa la chiamata di un estraneo; dirò anzi, che precisamente nel mio concetto dell'eredità, per cui essa non significa l'acquisto di un patrimonio staccantesi dalla famiglia, ma la successione nella potestà sul gruppo, la chiamata di uno straniero sarebbe davvero assurda. Ma tuttociò non significa punto che il testamento non debba esser primitivo: vero è soltanto ch'esso non è destinato alla chiamata di uno straniero al gruppo. Nella comparazione si abusa dei termini romani *successione testamentaria* e *successione intestata*, attribuendo un senso e un colorito non romano a queste categorie; si abusa dell'essere la terminologia romana divenuta la lingua franca del diritto. Il fatto che nella società romana, la quale pure nella stessa era ultima della repubblica, non ha raggiunto, nè per civiltà, nè per ricchezza di forme economiche, il grado di Atene e degli Stati ellenici ed ellenistici, nondimeno il testamento ha radici ben più profonde, dovrebbe far pensare circa

questi richiami, dovrebbe far volgere lo sguardo ad altre fonti del diritto comparato, in cui la struttura del diritto successorio romano ha un più limpido e diretto riscontro. La διαθήκη ellenica o è adozione, o è *donatio mortis causa*, perchè il cosiddetto *Vermächtnisstestament* o *Legatentestament*, come usano dire i tedeschi, non è che la *donatio mortis causa* del diritto romano: la sua stessa revocabilità è la revocabilità *ad libitum* della *donatio mortis causa*, non quella del testamento civile classico, in cui nulla può il mutamento di volontà, nulla può la distruzione stessa delle tavole, perchè solo una nuova e valida designazione d'erede ha virtù di annullare l'antica, prendendone il posto.

Ammesso pertanto che la successione dei figli sia il tipo prevalente di successione, il che è, ripeto, esatto, e non per la sola età primitiva, desumerne che il *testamentum* romano sia posteriore è un'illazione irriflessiva e antiromana. Nell'immensa maggioranza degli esempi storici e giuridici l'erede chiamato per testamento è nel diritto romano un figlio, e la stessa formula *exheredes sunt* mostra che è l'uno dei figli che si contempla, escludendo gli altri, i quali vengono alla loro volta, nelle specie più complesse figurate dalle nostre fonti giuridiche, contemplati con legati. Si può dire che nel diritto romano storico l'istituzione d'erede è la designazione di quello tra i figli che prosegue ormai, se non più il governo, certo pur sempre il nome e la dignità della famiglia, il legato è l'approvvigionamento delle donne e dei cadetti ¹⁾.

Quanto al richiamo dell'arrogazione e dei comizi curiati, io non so perchè questo argomento non venga addotto in senso contrario; ma la dialettica superficiale è la negazione di ogni logica. Appunto perchè testamento e adozione ci compaiono come due atti distinti, io direi che sono due atti distinti: che le forme sieno egualmente solenni si comprende, perchè la continuazione di una famiglia e l'assorbimento di una famiglia in un'altra sono fenomeni egualmente gravi. Voler vedere nel testamento un'arrogazione *post mortem* è un arbitrio. Come

¹⁾ V. per questo costume e per l'altro correlativo (ed egualmente inconcepibile nel diritto greco e in diritti similari) di onorare di legati, fedecommissi o simile i figli diseredati o le figlie diseredate, il mio scritto *Le affinità giuridiche greco-romane* in *Riv. di storia antica*, v. 13, 1910, p. 203 e segg. e specialmente i testi citati a p. 203, n. 1.

dicemmo, il testamento è il più delle volte istituzione di un figlio, e viceversa chi non è figlio non lo diventa per testamento: le stesse adozioni testamentarie, checchè si voglia sognare, appaiono fenomeni storici tardi, non hanno valore giuridico e sono, ad ogni modo, anche esse distinte dall'istituzione d'erede.

Convieni sconvolgere le istituzioni romane per creare una base al testamento-adozione ¹⁾.

In conclusione quest'idea, salvo l'equivoco richiamo del diritto comparato, non ha nulla per sè: nè memorie o tradizioni romane, nè elementi organici dell'istituto romano, ed ha invece tutto contro di sè. È il fallace senso della verosimiglianza odierna, vale a dire un sentimento che è spesso l'antitesi del senso storico, ciò che la sorregge.

5. Questa corrente di idee è seguita in Italia dal Perozzi ²⁾ e dall'Arangio-Ruiz ³⁾, il quale in parte limita, in parte ripete brevemente l'argomentazione consueta, ma in generale si richiama ai suoi predecessori e in modo particolare al Perozzi. Convien pertanto tener conto della forma, con cui presenta la tesi il Perozzi. Veramente argomenti nuovi il Perozzi non ne reca, e par quasi disprezzare quelli addotti; nel che non gli saprei dar torto. Nel suo scritto pubblicato per le onoranze a Vittorio Scialoja e nelle sue *Istituzioni*, in cui rielabora e svolge la tesi, vi ha una foga notevole di divinazioni, un lavoro pure notevole di dialettica, sulla base delle predette divinazioni, ma nessun testo, nessun indizio, nulla: ciò non gli torna a disdoro, perchè nel diritto romano non v'è effettivamente nulla in questa direzione. Noi non possiamo che riassumere il quadro disegnato in lunghe pagine (più di venti nelle sue *Istituzioni*) dal Perozzi, con qualche osservazione sul disegno e sui punti in cui devia dalla retta nozione degli istituti, ma nessuna critica di argomenti che egli non adduce. E lo facciamo perchè a noi sembra che la vanità stessa del

¹⁾ È curioso vedere dei romanisti come l'APPLETON, *Le testament romain*, ecc. Paris, 1903. e già prima il GREIFF, *De l'origine du testament romain*, Paris, 1898, p. 78 e segg., rilevare ad una ad una le differenze tra il testamento e l'arrogazione sino a togliere ogni base al ravvicinamento, e infine cedere alla moda, seguendo quasi un impulso sentimentale, con frasi come: *È tuttavia qualche cosa*, ecc.

²⁾ PEROZZI, *Problemi di origini negli Studi in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, v. II, p. 167 e segg. *Istituzioni*, Firenze, 1908, v. II, § 196, pp. 357-381.

³⁾ Vedi ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, Messina, 1914, p. 61.

tentativo di un nobile e fertilissimo ingegno debba mostrare la niuna base romana della teoria.

Il testamento, ripete il Perozzi, non era possibile, se non in mancanza di figli. «Poteva però avvenire che il testatore (il Perozzi, seguendo la suggestione del linguaggio romano, indice eloquente delle idee romane, chiama qui testatore il defunto o ereditando), non avesse figli o prevedesse che gli venissero a mancare... In tal caso il costume gli concede di adottare per dopo la morte un servo proprio (*Istituzioni*, II, p. 359) ». Pertanto l'adozione di uno schiavo proprio compiuta per atto del *paterfamilias* con intervento dei testimoni, sarebbe il punto di partenza del testamento. Appartiene alla maniera simpatica con la quale il Perozzi tenta costantemente di tener sollevato il lettore la dichiarazione seguente: « Non v'ha così in questo tempo eredità di donne, perchè queste non possono aver figli (*Istituzioni*, II, p. 360) ». Evidentemente la parola "figli" in lingua italiana è qui adoperata nel significato originario con lo stesso sapore di celia con cui potrebbe esser adoperata oggi la voce "signorina" per significare la vecchierella. Ciò posto, il Perozzi conclude: « E non v'ha, a rigore, due specie, due fondamenti di successione ereditaria, cioè, per usare la terminologia posteriore, la legittima e la testamentaria, una duplicità a cui un diritto può arrivare, ma da cui non può partire. L'eredità deriva da un solo fatto: dalla qualità di figlio (*Istituzioni*, p. 360) ».

L'osservazione del Perozzi ha un fondamento giusto. La duplicità della successione in origine è inverosimile, com'è altresì assurdo che in gruppi primitivi si scelga il successore fuori del gruppo, cioè, in generale, fuori dei propri figli. L'equivoco è pur sempre di supporre che lo stabilire come sistema la successione testamentaria significhi stabilire la sistematica chiamata di un estraneo, di supporre che, una volta riconosciuta la successione familiare, non vi sia posto pel testamento. Tipica ossessione delle condizioni e delle categorie odierne, che spinge a trasportare nell'età primitiva i nostri ordinamenti legali sicuri e precisi di successione familiare, ed immaginare inoltre che le famiglie primitive non avessero che un unico figlio! In realtà in tutti i diritti *veramente primitivi* il sistema successorio rappresenta un sistema di scelta dell'uno dei figli, o dell'uno de' congiunti: o il primogenito, o il più maturo, o il più degno.

Seguono nel Perozzi alcune divinazioni sulla tutela delle donne

e degli impuberi. Interessanti sono quelle sul destino primitivo degli oggetti, quando morisse una donna *sui iuris* o un *paterfamilias* impubere, o pubere, ma intestato e senza *sui*. « La facoltà d'occupazione con l'effetto di acquistare la proprietà delle cose occupate era riservata dai diritti interni gentilizii ai membri della *gens* del defunto, ma le norme relative erano incerte e in ogni caso diverse da gente a gente: dove codeste cose le poteva occupare chiunque della *gens*, dove pretendeva un diritto di occupazione qualunque agnato, dove l'agnato prossimo, dove la *gens*, come il corpo sovrano, cui apparteneva il defunto e come quello a cui un tempo appartenevano tutte le *res mancipi*. La legge delle XII Tavole, la cui più precisa e conscia funzione fu di pareggiare i vari diritti gentilizii che la città aveva in principio accolti nella loro diversità, sostituì a questa condizione giuridica incerta e disuguale una nuova, precisa e pari » (II, p. 361).

Il testamento si sarebbe staccato dall'adozione dopo le XII Tavole. « Costituita la città, sorse una reazione progressivamente, benchè lentamente vittoriosa sia contro l'adozione di figli altrui, come di servi propri. I figli dovevano restare entro la città ai loro padri: i servi esclusi dalla città, non dovevano entrarvi per atto del *paterfamilias* divenendo figli. Ma perchè il *paterfamilias* che non aveva *heredes sui* naturali non doveva esser condannato a rimanere senza eredi, la città, come permise che fosse adottato per legge un *paterfamilias* per la vita dell'adottante, così permise che fosse adottato ancora per legge e per dopo la morte il servo proprio dell'ereditando, cioè permise ancora il *testamentum*. Sorgeva così posteriormente alle XII Tavole la prima forma storica di *testamentum*, ossia il *testamentum calatis comitiis*, fuso però ancora nella stessa legge di nomina in figlio, che serviva per l'adozione del *paterfamilias* e inteso per tale, ossia per adozione » (*Istituzioni*, II, p. 364).

Questo atto però sarebbe rimasto adozione per breve tempo.

Il distacco dall'adozione e il raggiungimento della piena libertà testamentaria sarebbero avvenuti prima « mediante un artificio, la *mancipatio familiae*, col quale si faceva alcuno come erede senza farlo figlio, poi apertamente con una riforma del diritto pubblico, di cui era parte il testamento, resa inevitabile della pratica di quell'artificio » (*Istituzioni*, II, p. 365).

Siamo in un mare di congetture.

Dove le norme positive son tocche, ivi l'abbaglio o l'illogismo si svela. Circa l'intrasmissibilità della delazione, che sarebbe un rudere dell'antico sistema, il Perozzi osserva: « Il diritto romano vuole una vocazione nel patrimonio. O è il testatore che ordina che sia *heres* una data persona, o è lo Stato che ordina ciò. La *conseguenza logica* si era che se il chiamato moriva prima di adire l'eredità e di divenire così erede, egli non poteva trasmettere ad altra persona il patrimonio; poichè questa non poteva succedere in un patrimonio che quegli non aveva acquistato e in cui questi non era chiamato. Questo principio, così detto dell'intrasmissibilità della delazione, rimase appunto *per la sua forza logica*, nè si elimina che sostituendo al concetto dell'eredità come vocazione in un patrimonio quello di vocazione in un diritto ad acquistarlo » (*Istituzioni*, II, p. 367).

La *conseguenza logica*, sulla quale il Perozzi insiste, è veramente male invocata. L'intrasmissibilità della delazione si giustifica nel diritto romano in quanto non si chiama direttamente al patrimonio, ma si conferisce un diritto personale ad acquistarlo; la delazione è trasmissibile nel diritto moderno, *dove indubbiamente per consenso unanime l'eredità è vocazione in un patrimonio*.

Circa la successione nelle obbligazioni il Perozzi ritiene che essa sia sopraggiunta in seguito *col riconoscimento della patrimonialità dell'obbligazione*. « Via via che matura il senso della patrimonialità di un rapporto di obbligo, l'eredità che nasce come successione nel patrimonio, quando questo non è formato che di cose, comprende, appunto perchè è successione nel patrimonio, anche questi altri elementi patrimoniali che sono i debiti e i crediti non penali. I quali vengono a costituire un elemento organico dell'eredità e non aggiunto ad essa. Siamo dinanzi a un fenomeno di accessione. È perchè quasi tutti i rapporti di obbligo assunsero via via il carattere veduto, che troviamo l'eredità abbracciarli quasi tutti, salvo le eccezioni annoverate » (*Istituzioni*, II, 369). Tuttociò, benchè l'esecuzione sia pur sempre personale. « I creditori del defunto ricevono in luogo del corpo del defunto un altro corpo su cui vendicarsi, e cioè quello dell'erede. I debitori del defunto dovranno subire la vendetta dell'erede. Questi conserverà la facoltà di vendicarsi sui suoi debitori e a sua volta continuerà ad essere esposto alla vendetta dei suoi creditori » (*Istituzioni*, II, p. 370).

Ora anche a questo riguardo i Romani nè prima delle XII Tavole,

nè al tempo delle XII Tavole, nè per tutto il diritto classico hanno mai concepito i debiti come elemento del patrimonio: i *bona* escludono sempre i debiti, salvo, in una forma ambigua, in due testi interpolati. *I debiti sono bensì un elemento della successione, ma non un elemento del patrimonio; l'erede è debitore, perchè succede.* Dal punto di vista classico nel patrimonio *non si succede*: esso *si acquista* in conseguenza della *successio*, che è *in locum, in ius, non già in bona*.

Circa il fenomeno della confusione il Perozzi osserva: « La fusione dei due patrimoni in ordine ai crediti ed ai debiti non è che l'espressione di questa estinzione di diritti di vendetta e di trasporto o permanenza loro a favore o contro le persone delle due masse di creditori e di debitori e a favore o contro l'erede... Se il principio della fusione dei due patrimoni non fu formalmente mai abolito, e se tuttora nei diritti odierni non è condotta alle sue ultime conseguenze l'idea dell'inerenza dei debiti e crediti ereditari al patrimonio ereditato, vuol dire che certi sentimenti connessi all'eredità e certe *grandi opportunità* lo mantennero e lo mantengono, che *nessuna consequenzialità logica ha la forza di vincere* » (*Istituzioni*, II, pp. 370-371). E anche altrove egli ritrova in questa « fusione in un unico patrimonio de' due patrimoni del defunto e dell'erede » un « più strano... carattere saliente dell'eredità romana » (*Istituzioni*, II, p. 355).

Siamo agli antipodi della logica. La fusione dei due patrimoni, intesi oramai i debiti come parte della successione ereditaria, è perfettamente logica e conforme precisamente alla essenza della patrimonialità. *La confusione ereditaria non è che il fenomeno della confusione subbiettiva attuato nella forma più vasta.*

Chi acquista un fondo, su cui ha diritto di servitù, perde per confusione il suo diritto di servitù. Noi che lottiamo contro la successione illimitata nei debiti e contro la confusione dei patrimoni *non siamo pertanto mossi dalla consequenzialità logica* o per lo meno non siamo spinti da una logica diretta contro il principio della confusione, bensì contro il principio della illimitata successione nei debiti come elemento del patrimonio. Noi riteniamo che il principio il quale comprende i debiti nel patrimonio e li fa trapassare integralmente con questo, sia un puro concetto legislativo e artificioso: nella realtà del commercio, una ditta, ad esempio, il cui passivo supera l'attivo ha una situazione finanziaria, ma non ha più patrimonio. Più che ogni argomento logico ci

muove precisamente a combattere il principio della confusione dei patrimoni nella materia ereditaria la *grande opportunità* di regolare la successione ereditaria in un modo più confacente al credito e al commercio.

Uno spirito conservativo che adori tutti i ruderi del passato a me sembra eccessivo. Nè è esatta la dichiarazione relativa ai diritti odierni: basta ricordare le due vaste e imponenti legislazioni indipendenti o, quel ch'è più grave, emancipatesi dalla tradizione romana, come il diritto anglo-sassone e il Codice civile germanico, che adottano precisamente l'idea dell'inerenza dei debiti e crediti ereditari al patrimonio ereditario e non alla persona dell'erede.

Quanto alla spiegazione del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, il Perozzi ripete a un dipresso il pensiero antico di Scialoja, della parificazione dei *sui* con l'erede testamentario e del testamento ammesso solo in assenza di *sui* (*Istituzioni*, II, p. 372).

Debbo dichiarare peraltro che il Perozzi, per quanto disegni di fantasia, lavora con elementi romani. Se tutto lo sforzo del suo ingegno, ostinato a difendere una cattiva causa, non riesce a sorreggere la teoria del testamento-adozione, gli è perchè là dove non c'è nulla, anche il più acuto e fervido indagatore può rivoltare finchè vuole gli elementi della storia e del diritto, ma non riesce a scoprire nulla. Ma noi non ritroviamo nel Perozzi la leggerezza dei comparatisti, e la stessa affinità di forme tra il testamento e l'arrogazione che per un romanista può esser piuttosto un argomento contrario non è richiamata da lui. Quanto agli abbagli dommatici essi sono scusati dalla fissazione antica di combattere la mia tesi ¹⁾.

¹⁾ L'Arangio Ruiz, come dico (v. sopra), non intende aggiungere nulla all'argomentazione consueta o piuttosto a questa deficienza di argomenti. È notevole tuttavia come egli si sforzi di puntellare la tesi con due accenni poco felici a congetture estranee e più che dubbie. L'una è il richiamo ad una interpretazione del testo decenvirale *cui suus heres nec escit* data o meglio rinnovata ora dal Kniep. Anche se fosse fondata, questa interpretazione del Kniep (già mia) non sarebbe un argomento per la tesi del testamento-adozione, bensì uno sforzo per documentare il presupposto generale delle varie teorie dominanti, per le quali l'assoluta libertà di testare del *paterfamilias* è il punto più ostico da superare, e si può dire il punto centrale della battaglia. Ma essa non è fondata. Il KNIEP, *Gall Inst.* II § 97-108, ritiene che le XII Tavole, prescrivendo *si intestato moritur cui suus heres nec escit*, stabilissero implicitamente il divieto di testare per chi

6. Il concetto dell'arrogazione rappresenta un tentativo per spiegare il principio dell'*heredis institutio*, che per noi non è se non l'involo semivuoto di un vasto contenuto in gran parte svanito. Ma vi ha, come dicemmo, una tesi più radicale che esclude nelle origini dal testamento romano sia l'*heredis institutio*, sia ogni surrogato di essa. L'istituzione d'erede sarebbe un prodotto nuovo e tardo. Questo pensiero è largamente diffuso. Più o meno, a datare dalle ricerche storiche

avesse un *suus heres*. L'Arangio commenta (l. c., p. 61): «Fra le diverse interpretazioni possibili quella di Kniep mi sembra preferibile per il sostegno che le offrono le leggi di Solone riferite nell'orazione *Adv. Makart.* [Dem.] 51, p. 1637 (correggi 1067)». La stessa interpretazione io ebbi a sostenere un quarto di secolo prima del KNEIP (*Res mancipi*, Roma, 1888-89, pp. 261-262: «La parola stessa della legge ci ammonisce che costoro (agnati e gentili) succedono nella famiglia, se muore senza testamento colui al quale *suus heres nec escit*»), quando io ero ancora sotto l'influenza delle idee dominanti circa la necessaria precedenza storica della successione intestata in nome del diritto comparato, benché avessi già intravista la natura della successione romana primitiva. Se non che tale intelligenza del precetto decemvirale rappresenta uno sforzo mentale di chi vuol torcere i testi secondo le proprie idee preconcepite, e poi farsi un argomento della propria stortura; ed io da gran tempo ho abbandonato questi metodi. L'interpretazione è errata così dal punto di vista della logica disposizione dell'inciso, come dal punto di vista della latinità e del linguaggio decemvirale. Se l'inciso *cui suus heres nec escit* fosse il presupposto comune così del testamento come della successione degli agnati, esso avrebbe dovuto essere in testa alla frase, e tanto più avrebbe dovuto essere in testa secondo le norme stilistiche della latinità osservate rigorosamente nel linguaggio decemvirale, per cui si vogliono in principio ed in fine di ogni frase le parti più salienti del discorso. La frase decemvirale, per avere il senso voluto in cotesta interpretazione, dovrebbe avere a un di presso quest'ordine: *cui suus heres nec escit si intestato moritur*, ecc., ovvero *agnatus proximus familiam habet si intestato moritur cui*, ecc. D'altra parte la correzione delle due norme decemvirali relative alla successione intestata rende manifesto che l'inciso-condizione *cui suus heres nec escit* per la successione dell'agnato corrisponde all'inciso-condizione *si agnatus nec escit* per la successione dei gentili. Il richiamo della legge Solonica nel testo di Demostene è forse una svista dell'Arangio, poichè, a dire il vero, fa prova contro di lui. Eccone infatti il tenore:

Ὅστις ἂν μὴ διαζέμενος ἀποθάνῃ, ἐὰν μὲν παῖδας καταλείπῃ Σηλείας, οὐ ταύτησιν, ἐὰν δὲ μὴ, τοὺςδε κυρίους εἶναι τῶν χρημάτων κ. τ. λ.

Il periodo legislativo del testo greco ha invero una struttura grammaticale e un andamento che corrisponde alla struttura e all'andamento del testo decemvirale, e potrebbe tradursi; *Quicumque intestato mortuus sit, si filios reliquerit*, ecc. Io suppongo che l'Arangio (e mi pare che anche il seguito del suo discorso porti a questo) l'abbia citato perchè agli Ateniesi certamente non era lecito testare in presenza di figli e quindi parrebbe che il testo decemvirale si dovesse interpretare egualmente. Se non che l'Arangio ha dimenticato la parola che segue a quelle che abbiamo tradotto, cioè *Σηλείας* *feminini sexus*, non ha riflettuto in-

nel secolo scorso si ritenne da tutti che la *successio in universum ius* fosse per il suo carattere *artificioso*, come usa dire, un concetto sviluppatosi tardi, elaborato da giureconsulti evoluti, capaci di astrazioni superiori e di ragionamenti sottili. In forma più determinata già il Kuntze esprime il pensiero che l'antico testamento non dovesse contenere se non disposizioni di cose particolari, anzi nella *institutio ex re certa*, che dà tanto rovello ai classici, egli trovava il tipo e il con-

somma che si tratta di prole *femminile*, di fronte alla quale il testamento è lecito anche agli Ateniesi: la legge di Solone, sappiamo, lo escludeva solo in presenza di figli legittimi *maschi*, γυναικῶ ἀρρενες.

Il testo greco quindi prova il contrario di quel che l'Arangio assume. [La parte finale che non ci riguarda è piuttosto oscura; vedi BEAUCHET, *Hist. du droit privé de la Rép. Athén.* III, p. 463; LIPSIVS, *Das att. Recht u. Rechtsverfahren*, Leipzig, 1912, v. II, p. 549, n. 33: io oserei con la più cauta riserva supporre che sia caduto dopo ταύτησιν un inciso come τοὺς ἀρχιστεῖς κληρονομεῖν. cioè, s'intende, congiungendosi in matrimonio, secondo il diritto della ἐπικληρος. Certo il τοὺςδε deve aver un riferimento che nel testo attuale manca; potrebbe essere tuttavia ch'esso fosse in una clausola precedente a noi ignota. Per altre emendazioni v. BEAUCHET e LIPSIVS l. c.].

L'altra congettura, appena ricordata per vero dell'Arangio, richiamandosi pur sempre al Knip (il quale alla sua volta si appoggia allo Schrader), è il ravvicinamento della parola *heres* alla greca χῆρος, che verrebbe a darle il senso di orfano. Se non che questa etimologia è bene lasciarla da banda, come io lasciai sempre da banda l'etimologia di *heres* da *erus* o *herus*, per la quale avrei pure a mio favore il linguaggio antico e la tradizione dei Romani attestata da Festo (PAUL. DIAC. *ex lib. Pomp. Festi* v. *Heres* ed. Teubner, p. 88: *Heres apud antiquos pro domino ponebatur*) e da Giustiniano § 7, l. 2, 19 (passo forse desunto dalle *res cottidianae* di Gaio). Né si dica che un filologo moderno, come lo Schrader, pesa più di Festo o di Gaio, perché al nostro scopo è precisamente il contrario. Una etimologia constatata entro l'orbita della lingua latina e meglio ancora un uso constatato ha valore per le istituzioni del Lazio: un'etimologia troppo remota e scientifica, che ci richiama all'unitaria aria, è al nostro scopo insignificante e pericolosa. Pur troppo di queste etimologie sapienti si abusa e talvolta in modo antiscientifico, come quando si fa derivare *mancipare* direttamente da *manu capere*, *peculium* da *pecus*, *superficies* da *super facere*, ecc., saltando il membro intermedio, che rappresenta il vero *etymon* di valore storico (*mancipium*, *pecunia*, *facies*) e deducendone poco felicemente che la *mancipatio* doveva esser relativa alle cose mobili, che il *peculium* doveva consistere di greggi ecc. Ma quando l'organismo delle istituzioni è parlante, non è il caso né di scuoterlo, né di corroborarlo con simili quisquillie. In vita ed in morte il *paterfamilias* è arbitro del destino della sua famiglia: il *ius vitae et necis* è ben più grave della libertà di testare, tanto più quando ci si svesta della tenace illusione che l'*heres* designato per testamento sia un estraneo, mentre in tutte le fonti esso è quasi sempre il figlio od il nipote, e anche in assenza di figli o nipoti *ex filio* esso è quasi regolarmente il nipote in altro senso, cioè il *figlio di un fratello o di una sorella*.

tenuto primitivo del testamento, il quale non doveva in origine contenere se non disposizioni relative alle cose. Idee analoghe hanno formulato il Cuq, l'Ehrlich, il Binder, il Kniep.

7. Ma quegli che ne ha tentato una dimostrazione più larga è il Lenel in una comunicazione al congresso storico di Londra dell'anno 1913¹⁾. Nondimeno la sua argomentazione stessa, che rappresenta il maggiore sforzo in proposito, non è che basata sopra un preconconcetto fondamentale e una sottile trama dialettica tessuta sul linguaggio delle XII Tavole, e cozza invece contro tutti i principi fondamentali dell'eredità.

Il preconconcetto è il seguente: l'ingenua, materialistica rappresentazione dell'antico popolo non poteva albergare una concezione ideale, riflessa, artificiosa; non poteva scorgere nell'eredità una mera astrazione. Pei Romani delle XII Tavole essa doveva esser qualcosa di corporale, qualcosa di afferrabile: la casa, il campo, gli schiavi, il bestiame. « Non possiamo nemmeno trasportare nel diritto delle XII Tavole i concetti classici della delazione e dell'acquisto. Essi riposano sull'idea che l'*hereditas* sia una mera posizione giuridica offerta dalla legge all'*extraneus* e acquistata da lui mediante semplice atto di volontà: se l'eredità è qualche cosa di corporale, essa non può essere acquistata mediante una semplice dichiarazione di volontà, come non potrebbe una *res derelicta*. Chi non è già *dominus* nella casa, come il *suus*, diventa *heres* soltanto con la reale presa di possesso della *familia* » (p. 123).

Ora l'ingenuità dei popoli primitivi è un motivo giusto, ma non c'è motivo giusto di cui non si possa fare un'applicazione erronea. Anche i popoli primitivi hanno la loro organizzazione, hanno il loro mondo ideologico, e talvolta siamo precisamente noi che dobbiamo fare uno sforzo per trasportarci in un mondo e in un ambiente così diverso, ma lo dobbiamo fare se non vogliamo giudicare delle cose del passato con la mentalità e con le idee del presente, violando l'assioma

¹⁾ LENEL, *Zur Gesch. der her. institutio* in *Essays in legal history V.* edited by P. Vinogradoff, Oxford, 1913. L'autorità del maestro ha già suscitato a questa disgraziatissima tesi i suoi preclari credenti: cfr. I. KOHLER e L. WENGER, *Allgemeine Rechtsgesch.* Berlin, 1914, p. 289.

fondamentale del Vico, primo criterio di ogni indagine storica. Le concezioni di un dato momento possono riuscir difficili e astruse nella società moderna, dove sono fuori di posto: ma non sono punto difficili nell'età loro, quando esse sono richieste dalle condizioni sociali e si ha il compito di obbedire spontaneamente a queste, non di formular scientificamente i concetti. Ricollocate pertanto nel loro ambiente, le idee più artificiose divengono semplici. Non è già spogliando il mondo presente di tuttociò che ha di spirituale e di organico che noi possiamo ricostruire la società primitiva, bensì studiando i coefficienti spirituali, i bisogni reali e le organizzazioni diverse della età primitiva.

D'altra parte nessun romanista, e molto meno il Lenel, dovrebbe immaginarsi l'antica giurisprudenza romana e la stessa giurisprudenza classica così portate all'astrazione, da creare per fini patrimoniali quel concetto della *successio in universum ius*, che tanto ci travaglia. Se i Romani avessero preso le mosse dal punto di vista patrimoniale, essi sarebbero giunti a quella concezione realistica dell'acquisto ereditario, alla quale son giunte le legislazioni indipendenti dalla tradizione romana, alla quale son giunti i Romani stessi negli acquisti universali fuori dell'eredità, come la cosiddetta successione del fisco e l'acquisto *iure peculii*.

Il concetto dei *bona*, il sistema generale dell'esecuzione avrebbero loro fornito l'addentellato a una costruzione pratica e semplice.

8. Quanto all'argomentazione dialettica, pericolosissima in ogni ragionamento, perchè nella serie successiva delle deduzioni un solo errore può condurre a risultati inverosimili, essa è ancor più pericolosa nella storia primitiva, dove i punti di partenza sono fievoli e dubbi. La tesi del Lenel ha il seguente addentellato nelle XII Tavole. Il codice decenvirale, secondo una osservazione spesso fatta, nomina il *suus heres*, ma in difetto di testamento e di *suus heres*, esso dice rispetto all'agnato e ai gentili: *familiam habeto* o *habento*. Ora, inferisce il Lenel, *familiam habeto* o *habento* non significa se non la mera presa di possesso; la frase corrisponde al *sumito*, *sibi habeto*, *capito* del legato *per vindicationem*. Un valore materiale ha la stessa parola *adire*, la quale nel suo senso originario deve intendersi letteralmente come accedere ai fondi ereditari, in modo analogo all'espressione greca ἐμπα-

τελευτῶν εἰς τὴν οὐσίαν¹⁾ e alla tedesca *zu dem Erbe gehen*. Un atto formale per l'acquisto dell'eredità non è mai esistito, ed è un'illusione il credere che quest'atto in antico fosse la *cretio* (pag. 123-124).

Ora abbandoniamo pure la congettura, del resto in sè assai plausibile, che la *cretio* rappresenti l'originaria forma di adizione. Ma è del tutto arbitrario il vedere nel *familiam habere* l'espressione di una materiale presa di possesso. *Familia* è probabilmente un concetto in antico piuttosto più largo che non più ristretto: ad ogni modo non ne sappiamo nulla. *Habere*, *possidere* indicano una signoria, non una materiale detenzione, e oggetto della signoria è il complesso termine *familia*. Perchè l'agnato e i gentili non siano chiamati eredi certo è cosa che rimane pur sempre oscura: ma è un problema mediocre, e certo poi non è da queste oscurità che si può desumere nulla per l'antico diritto. Mille congetture si possono fare, e più plausibile e fondata della congettura del Lenel mi sembra quella conforme al mio modo di vedere, che il concetto dell'*hereditas* conservasse ancora a tempo delle XII Tavole un qualche vestigio del suo carattere sovrano e ripugnasse chiamare *heredes* subbietti estranei alla famiglia, come gli agnati e i gentili, che subentrano precisamente in quanto non v'è più diretta discendenza, ma appunto per essere la casa estinta, non succedono in poteri personali di niun genere. Ma io non credo sia utile o per lo meno non amo far congetture sul vuoto. Osservo soltanto che il motivo di questo linguaggio, più che un indizio circa la natura dell'antica successione, può forse offrire un indizio circa la posizione della legge di fronte al diritto anteriore. Come le istituzioni fondamentali del diritto pubblico inglese vigente all'epoca di Giovanni Senza Terra non sono punto riprodotte nella *Magna Charta*, così le istituzioni fondamentali del diritto romano sono appena ricordate incidentalmente o presupposte nelle XII Tavole, e questo deve ritenersi ed appare (Si *intestato* moritur cui *suus* heres nec escit è non il precetto, bensì la protasi d'un precetto legislativo) circa il testamento e la successione o l'istituzione del *suus*. Le XII Tavole legiferano là dove si tratta di

¹⁾ Formula e istituto relativi, nel diritto greco, unicamente ai figli, cioè a coloro cui nel diritto romano non si applica l'*aditio*. Conveniamo bensì che l'atto in sostanza possa farsi corrispondere alla romana presa di possesso (cfr. LIPSIUS, *Das att. R. u. Rechtsverf.* Leipzig. 1912, II, p. 577; il BEAUCHET, *Hist. du dr. pr. de la répub. ath.*, p. 594, traduce col linguaggio della *saisine légale*), ma questa è appunto cosa diversa dall'*aditio*.

recare certezza o introdurre novità positive, e in ciò fare non meraviglia che esse rechino un linguaggio diverso. La successione dell'agnato e dei gentili probabilmente è stata ordinata o chiarita dalle XII Tavole: certo l'*agnatus proximus* definito e fissato con grado distinto nell'elenco dei chiamati ha tutto il sapore di una novità.

Quanto al significato materiale delle parole, osserviamo che il mondo primitivo ha i termini più materialistici per le idee più astratte; pensare e pesare sono la stessa parola. Il dizionario spirituale è tutto una serie di metafore, ma a nessuno verrà in mente di dedurne che l'operazione spirituale, che un dato termine esprime, sia stata necessariamente essa stessa alle origini una operazione materiale. Ma per quel che è in concreto della incriminata parola *adire*, essa non si può separare dalle parole *deferre*, *repudiare*, dalla stessa voce *successio*, parole tutte di un valore materialistico forse più trasparente che non *adire*: ora è certamente ben più grave e vasto che non il richiamo non interamente esatto del Lenel al diritto greco o al diritto tedesco, quello che invece si può fare per tutto il gruppo dei termini ereditari col diritto pubblico romano.

Una simile terminologia è straniera alla patrimonialità e agli acquisti, poichè la successione a titolo singolare è un'invenzione di Giustiniano, causa non ultima per cui la verità è rimasta lungo tempo nascosta; ma quei termini - *successio* e suoi derivati, *deferre*, *adire*, *repudiare* - si ritrovano precisamente tutti nel diritto pubblico; e come nella lingua latina, così anche nella lingua italiana volgare, che ha continuato la tradizione del linguaggio antico, ma non ha accolto la creazione bizantina della successione a titolo singolare, successione è soltanto l'acquisto ereditario e la successione sovrana. Il diritto giustiniano impera nel nostro paese da più di mille anni, e nondimeno le creazioni peregrine della tecnica bizantina sono ancora straniere al nostro popolo. Nessuno, altri che il giurista, intende mai che l'acquirente di un diritto singolo sia un successore, come nessuno chiama successore universale l'erede *pro parte*.

9. Un altro argomento della stessa natura addotto dal Lenel è l'enunciato celebre delle XII Tavole *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, sul quale Pomponio, in un testo ben noto, fonda la *latissima potestas* conferita al testatore. Questo enunciato delle XII Ta-

vole dagli scrittori ora è inteso come il fondamento dell'istituzione di erede, ora come la sanzione dei legati in vario senso. Il Lenel ne fa capitale naturalmente per la sua tesi che il testamento non contenesse se non legati.

Anch'io sono più proclive a ritenere che l'enunciato si riferisca ai legati, e ho già espresso la congettura che per la prima volta le XII Tavole riconoscessero il diritto del defunto di elargire legati nel testamento istesso, cioè per la prima volta le XII Tavole abbiano convertito le donazioni a causa di morte gravanti sul patrimonio del defunto in legati, cioè donazioni gravanti sull'erede. Il testamento in sè, nel suo vero contenuto, appartiene, ripeto, a quelle norme fondamentali e certe, che nelle XII Tavole sono presupposte o indirettamente accennate: *si intestato moritur*¹⁾. Comunque sia, una legge di redazione incerta, che ci è riferita in varie forme, una legge di cui, fosse anche certa e concorde la redazione, è controverso il significato di ogni parola, *legare, pecunia, familia, res, tutela suae rei* (ingegnosa e forse indovinata è la congettura del Kniep, che legge *sui heredis* in luogo di *suae rei*, congettura che nella grafia antica della parola non esige il menomo mutamento del testo), non può dar luogo ad alcuna deduzione, e tanto meno vi può dar luogo quando un altro testo ricorda, sia pur incidentalmente, la terminologia del *testari*.

10. Secondo il Lenel, parla altresì in favore della tesi che fa del testamento comiziale un testamento di legati la formula gaiana di nuncupazione del *testamentum per aes et libram*, la quale è modellata unicamente sui legati, e per l'appunto imita quasi il legato *per vindicationem*: « Haec ita ut in his tabulis cerisve scripta sunt ita do, ita lego, ita testor, itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote » (l. c. p. 126). Perchè mai, una volta riconosciuto il testamento *per mancipationem*, non si è accolta in esso l'*heredis institutio* del testamento comiziale, se in questo vi era?

Argomentazione faticosa e piuttosto illusionistica, come ogni trama puramente dialettica. Anche all'Arangio-Ruiz²⁾ non sembra molto

¹⁾ Il ragionamento che fa l'Arangio-Ruiz in questa parte, criticando pur egli il LENEL (V. *Le genti e la città*, pp. 62-63), è perfettamente giusto e risponde, salvo qualche lieve oscillazione, a quanto io osservo nella mia *Storia del diritto romano*, c. IX, valutando il carattere del codice decemvirale.

²⁾ *Le genti e la città*, p. 63.

efficace l'osservazione del Lenel, anzi egli dichiara di non comprenderla. « Che cosa poteva mai passare – egli esclama – dalla formula di una *rogatio* legislativa (si consideri quella per¹venutaci dell'*adrogatio*) alla formula di consegna di un documento scritto? » E non mi par si potrebbe in modo più conciso e decisivo mettere a nudo l'inconsistenza di quell'argomentazione. Alla mia volta osservo: la *hereditus institutio* è stata ben accolta nella *tabulae*, che contengono il testamento, o nella *nuncupatio*, quando questa contiene il testamento e non si redigono *tabulae*: non è stata accolta nella *nuncupatio*, solo quando questa non è che la dichiarazione generale delle disposizioni contenute nelle *tabulae* e quivi redatte nella debita forma con a capo l'istituzione d'erede. Vi potrà essere anche in questa seconda *nuncupatio* (che è quella esposta da Gaio) qualche reminiscenza del passato, come l'invocazione ai *Quirites*, ma il tenore della dichiarazione doveva esser diverso, se non si voleva *palam heredem nuncupare*, bensì unicamente presentare il testamento. Che la dichiarazione sia concepita in un modo schiettamente patrimoniale lo si spiega pur sempre col significato ormai patrimoniale delle disposizioni, e, se si vuole, anche col riallacciarsi di questo testamento alla *mancipatio familiae* e ai legati di cui si incaricava il *familiae emptor* in forma di *rogationes*: d'altra parte il termine *testor* della *nuncupatio* stessa allude probabilmente al carattere di *testamentum*, quindi al suo contenuto essenziale, l'istituzione d'erede.

11. Nel complesso gli argomenti del Lenel, enunciati e svolti nella prima parte dell'articolo, non sono che interpretazioni più che dubbie di formule, nel loro tenore dubbie anch'esse. Nella seconda e più larga parte l'articolo non è che una serie di poderosi sforzi dialettici per mettere d'accordo la costruzione storica con *alcuni* dei principi fondamentali della successione con cui va a dar di cozzo, per spiegare, insomma, isolatamente, la genesi di *alcuni* di questi principi, che costituiscono nel loro complesso integrale la base, non ancora da nessuno menomamente tocca, della mia costruzione. L'assumer questa critica, ed una critica più che congetturale, come argomentazione, appartiene a quella figura di sofisma o a quella forma d'illusione cui soggiace anche il Lenel, per la quale si scambia come argomento la critica del documento avverso; come è ovvio che avvenga in un processo penale,

dove, distrutta l'accusa, rimane l'innocenza, ma non è ragionevole in una discussione scientifica, dove la propria tesi non è l'innocenza.

Il principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, ecc., « il grande enigma del diritto successorio romano », come lo chiama ancora il Lenel, è, a suo avviso, la cosa più naturale del mondo per un testamento di legati. La spiegazione del Lenel è in sostanza quella del Jhering, che, a dire il vero, a me e, potrei dire, agli Italiani in generale, sembra la meno verosimile tra tutte. Secondo questa spiegazione « un testamento, per cui si incomodavano i comizi, non doveva esser concepito quale un mezzo di lasciare un piccolo ricordo a questo o a quello, bensì come una distribuzione sistematica di tutto il patrimonio, una *divisio bonorum*, in cui, di regola, solo per negligenza poteva rimanere qualche elemento indiviso. Se il testatore nell'eseguire un cosiffatto piano di distribuzione aveva ommesso l'erede intestato, che senza il testamento avrebbe avuto tutto, o l'aveva contemplato con un qualche oggetto particolare, egli aveva dato a conoscere nel modo più chiaro che intendeva di escluderlo o in tutto e per tutto o nel residuo dell'eredità (pagg. 127-128) ». Il Lenel soggiunge altresì (pag. 128, n. 2) come in ultima analisi anche nel diritto moderno, se vi ha un testamento parziale, si chiamano gli eredi intestati solo perchè ciò corrisponde alla volontà presunta del testatore, ma si fa astrazione dalla loro chiamata, allorchè questa presunzione non coglie nel segno, e reca esempi in proposito. Ma precisamente il Lenel non vuole avvertire che questo richiamo al regime delle presunzioni odierne fa contro la sua tesi, in quanto nel diritto romano il principio ha un valore assoluto, e non di presunzione: come parlare inoltre di *naturalis pugna* per una interpretazione di volontà? E lasciamo pur da parte le obiezioni mosse già alla infelice teoria del Jhering.

12. Quanto alla responsabilità per i debiti essa sarebbe gravata sull'eredità (pag. 130), cioè precisamente sui legatari, i quali però sarebbero stati responsabili limitatamente alle forze dell'eredità (pag. 132). Limitata pure doveva essere la responsabilità dell'usucapiente *pro herede* (pag. 133) ¹⁾.

¹⁾ Tuttavia, secondo il Lenel (p. 133, nota 3), la responsabilità di colui *qui usuceperit plurimum possidendo*, doveva essere ad ogni modo illimitata per i

Ma se i Romani fossero giunti nell'antica età a concezioni così realistiche e pratiche, così patrimoniali e moderne, non le avrebbero abbandonate per operare un rivolgimento come quello rappresentato dalla responsabilità inerente alla persona e non all'eredità, cioè ai *bona* (il che corrisponde d'altra parte, non ci stanchiamo di ripeterlo, al concetto romano del patrimonio), dalla *successio ultra vires*, dalla confusione dei patrimoni! ¹⁾.

13. La tesi del Lenel si spunta poi precisamente contro l'ostacolo che costituisce il suo titolo e il suo punto di partenza. Il Lenel non riesce a spiegare come da questo stato di cose « siasi potuto sviluppare lo stato di diritto totalmente diverso che ci sta dinanzi agli occhi

sacra. « Agli Dei doveva esser resa agevole la soddisfazione; essi pertanto possono rivolgersi contro quel solo per tutto il loro credito ».

Io non so vedere in questa restrizione incoerente, alla quale il Lenel è costretto dal testo noto di Cicerone cui fa richiamo, altra logica (specialmente nell'opinione dominante, cui aderisce il Lenel, per la quale i *sacra* sono debiti e quindi elementi del patrimonio) che la stretta della necessità.

¹⁾ Quanto alle difficoltà che il Lenel si affaccia in ordine all'*usucapio pro herede* anch'esse pur troppo nascono in lui, come nel Holder e nella maggior parte degli autori, dalla sconsocenza dello spirito delle istituzioni romane. La soluzione classica di problemi più che analoghi, identici, nell'*institutio ex re certa*, ove precisamente la responsabilità per debiti non è in nessun rapporto cogli oggetti particolari assegnati (costituiscono essi un piccolo ricordo o una parte notevole del patrimonio) e dove l'assegnatario di cose certe, se è solo erede, è responsabile per intero, se invece concorre con l'erede istituito regolarmente (*ex certa parte* o *sine parte*) nel diritto classico acquista i crediti e risponde dei debiti o nel residuo o *in parti uguali* (di fronte all'*heres sine parte*), pur rimanendo sempre, quanto ai *corpora hereditaria* in base all'*offectum iudicis* un puro assegnatario di cose certe (vedi MANCALEONI, *Appunti sulla institutio ex re certa*. Studi Sassaresi, II, 1902 e le mie *Istituzioni* § 206, 5^a ediz., pp. 563-569), fornisce la schietta risposta romana a tutti gli incresciosi problemi. Dirà il Lenel che la soluzione di Aquilio Gallo e di Sabino non ci illumina per l'antico diritto? Non da lui certo, una volta messo sull'avvisato, io mi attendo una simile risposta. Si può discutere sulle ragioni e sulle origini dei principi classici, si può anche sostenere che essi sono il frutto di una evoluzione, ma non si può far a meno di assumere, almeno come punto di partenza, le forme romane di pensiero e di ragionamento; e di fronte al dubbio che ci agita sullo stato delle cose nell'antico diritto in ordine alla responsabilità per debiti da parte di colui che ha usucapito *oggetti particolari*, è nostro dovere di richiederci se precisamente la soluzione dell'istituto in *oggetti particolari*, o solo o in concorso con eredi regolarmente istituiti, la quale si trasporta così spontaneamente all'*usucapio pro herede*, non ci dia per l'appunto la soluzione più conforme alla logica delle istituzioni romane.

nel diritto classico », in breve, come mai sia « sorta l'*institutio heredis* » (pag. 134). E si capisce; si tratta di un miracolo analogo a quello che compie l'archeologia tedesca (Nissen) nel far derivare la *domus* romana dall'organismo tutto diverso della capanna rotonda: concezione assurda, che nel nome della scienza tedesca mantiene pur sempre il campo di fronte alla dottrina italiana (Patroni), pur così razionale ed evidente, che distingue la *domus* e la capanna. Nella scienza del linguaggio verrebbero sulla penna analogie ancor più drastiche. Noi siamo ridotti ad ipotesi — confessa il Lenel — benchè pur chiami le sue ipotesi per spiegare il passaggio o meglio il salto, molto verosimili. La serie delle ipotesi si riassume in quest'ordine di idee: il *familiae emptor* della *mancipatio familiae* sarebbe stato munito di una *legis actio* sul tipo della *hereditatis petitio* per difendere la sua posizione contro gli eredi *ab intestato* e inoltre reso responsabile, sempre limitatamente, dei debiti; appresso i giureconsulti, mossi dagli inconvenienti molteplici di tali situazioni, sarebbero venuti nel pensiero di trasportare il concetto dell'*heres*, che finora era stato soltanto l'*heres ab intestato*, nel testamento e combinarlo coi legatari (pagg. 134-137). Il Lenel chiama questa pretesa opera dei giureconsulti un pensiero ardito e in pari tempo un'innovazione artificiosa, delle cui basi incerte si aveva coscienza (pag. 137); e, poichè attribuisce la novità alla giurisprudenza repubblicana, ricorda l'ardimento di quei giureconsulti nella creazione delle forme dell'adozione, della emancipazione, dei limiti alla successione intestata delle donne, della facoltà delle donne di testare, della porzione legittima (?), ecc. (pag. 139). Ma queste precisamente erano novità concrete, pratiche e buone; ma che la stessa giurisprudenza, contro la sua mentalità e contro il suo spirito, si sia dedicata a compiere un'opera astrusa, artificiosa e in sostanza cattiva, poichè la responsabilità per debiti inerente alla massa ereditaria è un ordinamento migliore della *successio in ius*, questo io non lo crederò mai, senza argomenti.

Non basta. Imbarazzante è la figura dei legatari. Come si sono essi distinti dall'*hereditas*, o piuttosto perchè non tutti i legatari (chè tutti i beneficiati del testamento, secondo l'ipotesi del Lenel, erano tali) sono divenuti in massa eredi? E come mai i legatari di nuovo tipo sono stati in tutto e per tutto esonerati dai debiti, e realmente e personalmente? Il Lenel non si nasconde l'ostacolo, per lo meno in questa

seconda forma, e osserva (pag. 137, nota 1): « La responsabilità limitata dei legatari certamente non è stata ad un tratto abbandonata. Essa era, come è stato indicato, necessaria sino all'introduzione del *beneficium separationis*. Ma essa è divenuta sussidiaria, e quindi ridotta praticamente in seconda linea, così che la sua posteriore eliminazione, quando non se ne senti più il bisogno, non parve una riforma radicale ». Veramente si richiede dal nostro spirito una soverchia abnegazione, quando ci s'impone di sorvolare avanti a ostacoli siffatti, e contentarsi della parola, sia pure di Ottone Lenel. Per autorevole poi che sia questa parola, io dirò che la responsabilità dei legatari pei debiti sino all'introduzione del *beneficium separationis*, è una tesi non dimostrata, nè dimostrabile. Essa appartiene al novero di quelle dannose infiltrazioni del pensiero moderno nelle istituzioni romane, che viziano tutto il ragionamento. Non affermare un fatto senza testo è un domma della critica moderna: perchè mai di fronte ai principj giuridici la critica abbandona i suoi metodi, perchè mai così incoscientemente, ma così tenacemente alla nozione e alla logica delle istituzioni romane, che veramente ci può illuminare, si sostituisce la più sbrigliata e incoerente fantasia?

14. Secondo il Lenel la data di questa novità si sottrae alla nostra conoscenza; ma egli ritiene col Lambert, e contro l'Appleton, che in Plauto non vi sia traccia d'istituzione d'erede. Io ritengo per vero che il tipico *heredem facere* di Plauto non possa alludere in ogni caso se non all'istituzione di erede e sia un ghiribizzo richiamar la frase alla successione intestata; ma consento pure, d'accordo in fondo col Lenel, che poco si possa concludere da Plauto, in quanto egli dipende dai suoi modelli greci. Ma la verità si può desumere pur sempre dalle stesse fonti giuridiche. Plauto muore nel 180 a. C.; ma già tre anni prima, nel 183 a. C., la legge Furia ha cominciato quella reazione diretta a salvare l'eredità testamentaria dall'esaurimento del patrimonio mediante legati, che doveva proseguire a distanza di circa 20 anni dalla morte di Plauto con la legge Voconia (169 a. C.) e raggiungere la sua conclusione con la Falcidia. L'istituto dell'erede testamentario pertanto non solo era ai tempi di Plauto un istituto vigente, fiorente e distinto dal legato, ma si era già sentito il bisogno di difenderlo dall'invadenza del nuovo istituto, che minacciava di assorbirne per intero il valore

patrimoniale, lasciandogli unicamente le reliquie, a nostro avviso, della funzione originaria più eminente.

15. Altri principi fondamentali della successione ereditaria il Lenel non si è accinto ad esaminare. Soprattutto il concetto della *successio*, che in tutte le applicazioni classiche fuor dell'eredità implica l'acquisto della potestà e in conseguenza il subentrare in una posizione giuridica, salvo i rapporti incompatibili con la posizione stessa, non è posto dal Lenel a raffronto con la sua tesi, e molto meno è posta a raffronto con l'*hereditas* la *successio* del diritto pubblico. Come poi l'*heres scriptus*, insinuatosi così per forza in una forma oscura, ma pur sempre, secondo il Lenel, con piena coscienza dell'artificio, sia diventato per i Romani l'erede tipico, l'erede per eccellenza, nemmeno questo è spiegato dal Lenel. Al Lenel pare la cosa più naturale che il testamento comiziale fosse una disposizione di beni: ma non è molto più naturale che la convocazione di un'assemblea presieduta dal pontefice massimo (il che vuol dire nell'epoca più antica dal *rex sacrorum*, di cui il pontefice massimo è l'erede, e nell'epoca primitiva dal re), un'assemblea cui si ricorre per atti gravi dell'ordinamento familiare, come l'*adrogatio*, come la *detestatio sacrorum*, implicasse pure nel testamento l'adesione o la testimonianza ad una grave mutazione d'ordine familiare, non alla pura e semplice alienazione di beni ¹⁾? *Adrogatio* e *testamentum*, sparizione di una famiglia e direzione di una famiglia: ecco come i due soli istituti del diritto romano, di cui una solennità siffatta ci porge testimonianza ch'essi esistevano all'epoca che vide il *rex sacrorum* a capo del culto, anzi il *rex* a capo dello Stato ²⁾ si coordinano e si comprendono. Le pure donazioni a causa di morte, al che si riduce il contenuto dell'antico testamento nell'ipotesi difesa dal Lenel, nè nel diritto romano nè nel diritto greco nè, credo, in altri diritti esigono forme così solenni e distinte dalla donazione. A me par-

¹⁾ Che il *testamentum calatis comitiis* fosse o non fosse una *lex* è questione oziosa, tanto più che noi non dobbiamo trasportare nell'epoca primitiva i nostri concetti della legge. Un vero potere legislativo i comizi antichissimi non sembrano possederlo; gli atti cui essi danno adesione sono leggi formali e improprie.

²⁾ E ciò manifesta pure - sia detto *en passant* - quanto sia vano ricondurre a un'epoca tarda e derivare da una infiltrazione greca il solo istituto, accanto all'*adrogatio*, di cui si possa documentare l'origine regia!

rebbe poi, che il fatto stesso che Gaio, Ulpiano, Cicerone, Festo, Gellio, Velleio Patercolo, Frontino, Servio, tutti quanti gli scrittori dell'antichità, giuristi e non giuristi, ci parlano di un *testamentum* che viene fatto avanti al popolo, di un *testamentum calatis comitiis*, di un *testamentum in procinctu*, dovrebbe far ritenere che l'atto di cui essi ragionano, l'atto di cui gli scrittori non giuristi citano esempi, contenesse un'istituzione d'erede, fosse insomma un testamento nel senso in cui essi, a differenza pur sempre di noi moderni, intendevano il testamento: che cosa mai si poteva dichiarare *in procinctu* se non il nome dell'*heres*? *Legatentestament*, *Vermächtnisstestament*, per chi facesse una buona volta lo sforzo di spogliarsi della mentalità odierna, dovrebbero apparire quello che sono: incoerenti combinazioni di parole, incomprensibili a un cervello romano, prette falsificazioni, come il caffè di cicoria; pei Romani, non cesso d'insistere, un testamento che non contenga affatto istituzione di erede non è nullo, è nulla. Ma di fronte alla generale disinvoltura con cui su questi dati di fatto, su tutto il linguaggio romano si sorvola, io resto attonito, ma non insisto più oltre sul punto.

16. Un pregio della sua dottrina sembra al Lenel il fatto che l'antico diritto romano venga così ad uscire dalla sua posizione isolata, che (a suo avviso, secondo l'opinione dominante) esso verrebbe ad assumere di fronte a tutti gli altri diritti, collocati in un corrispondente grado di evoluzione. « Una successione universale, indipendente da qualsiasi parentela, naturale e artificiale, fu così ignota all'antico diritto romano, come all'antico diritto greco e tedesco » (pag. 141).

Veramente nelle sue varie forme l'opinione dominante (salvo la mia, ma il Lenel non vuole certamente alludere ad essa, nè un tedesco la potrebbe chiamar dominante) nutre le stesse preoccupazioni del Lenel e tende pur sempre a questo, di far uscire il diritto romano dalla sua posizione isolata di fronte al diritto greco e al diritto germanico. Tuttavia io non so se ciò sia veramente un pregio. Giorno per giorno il diritto greco e i diritti orientali mostrano tali e tante analogie col diritto germanico, mostrano ad ogni modo tale indipendenza di fronte al diritto romano nella proprietà e nelle obbligazioni (trasmissione convenzionale del dominio, titoli al portatore, servitù legali e acquedotti forzosi), nella famiglia (quasi-tutela maritale, co-

munione di beni), che se il quadro si completa con la successione è tutt'altro che una disarmonia. Giorno per giorno il diritto romano nella sua struttura classica compare sempre più come un fenomeno isolato, e se c'è qualche sistema giuridico che si possa comparare ad esso, noi lo troviamo in popoli assai remoti dalla nostra civiltà, ed è certo stupefacente l'analogia che ci offre il diritto giapponese.

D'altra parte è vero che si riesca nella successione, coi più grandiosi sforzi, a togliere il diritto romano da questa posizione di isolamento? Bene o male l'istituzione d'erede e la piena libertà di testare noi le troviamo riconosciute, accettando pure a chius'occhi la data del Lenel, negli ultimi secoli della repubblica, vale a dire in una fase di civiltà, che è pur sempre molto inferiore (prescindendo pur dal fatto che questa civiltà è in gran parte una frettolosa assimilazione) alla magnifica civiltà di Atene, degli Stati ellenistici, dei popoli dell'Europa moderna, che pure a quel tipo di istituzione, a quella libertà di testare non sono mai pervenuti. Si fa un immenso sforzo per turbare il corso della storia e l'essenza degli istituti senza raggiungere la meta, che, mossi da un preconcetto fallace, si vuol raggiungere, senza altro risultato che quello di suscitare un altro problema, cui per vero non si pone la menoma attenzione: come mai tutta la involuzione post-classica, tutta la evoluzione bizantina ed europea abbiano lavorato secoli e secoli per distruggere l'opera della culta giurisprudenza romana e tornare allo stato dei decemviri!

17. Questa confutazione è finita. In essa noi ci siamo tenuti sul terreno scelto dai fautori delle singole teorie. Giova peraltro a questo punto rilevare un fenomeno grave d'ordine generale e di metodo: è questa una specie di licenza che io mi prendo fuor dello scopo critico propostomi. Giorno per giorno anche nelle scienze dei fenomeni più spirituali e più affini al diritto, come la glottologia, l'archeologia, la mitologia, l'economia, si va diffondendo un metodo naturalistico, il quale permette di riandare il passato dei singoli fenomeni, di ricostruire le origini mediante l'esame della stessa struttura attuale, illuminata, ove occorra, dalla tendenza meglio documentata della evoluzione nelle fasi prettamente storiche. Dalla struttura attuale della parola il glottologo risale alle forme e radici originarie e rifà la storia delle parole nel loro valore fino a restituire il significato originario, talora sorpren-

dente, anche per le voci più comuni dell'uso: donna, che noi usiamo per domestica, significa la signora; signorina la vecchierella e così via. L'archeologia moderna desume che la costruzione originaria del tempio greco era in legno dalla struttura delle mètope, dei triglifi, delle goccioline, delle colonne, dell'architrave in generale, i quali elementi, se pure hanno acquistato una funzione ornamentale, talora squisitamente artistica (un poeta nostro ha celebrato il palpito della colonna), tuttavia si rivelano in massima parte illogici nell'architettura in pietra, e si spiegano soltanto con l'architettura lignea: in questa erano elementi costruttivi ed essenziali, nell'architettura in pietra divengono elementi decorativi e caduchi. E di fronte agli indizi della struttura, l'archeologo attribuisce ben poco valore all'indizio che si potrebbe desumere in proposito dall'attestazione di Pausania circa l'ultima colonna lignea che a suo tempo rimaneva del tempio di Era, perchè tutte le altre erano state sostituite. Solo il diritto, dove pure con la scuola storica il concetto di uno svolgimento organico come generica affermazione spunta in una delle prime fasi del rinnovamento scientifico, e certamente prima che in qualunque altra scienza dello spirito, solo il diritto rimane indietro. Solo nel diritto noi siamo rimasti all'epoca varroniana della glottologia, quando si stimava che il significato delle parole fosse stato sempre perfettamente lo stesso, quando si stimava che il suono dolce di *mel* o il suono aspro di *crux* fossero in relazione col significato delle parole, e le analogie di significato erano il documento delle origini della parola; noi siamo rimasti all'epoca della vecchia archeologia nella fase in cui dall'osservazione superficiale degli oscuri e dubbi monumenti megalitici si confermava l'opinione che l'architettura originaria fosse, come la moderna, un'architettura in pietra; solo nel diritto si chiama « antistorica » una tesi, perchè suppone che la funzione preistorica di un istituto fosse diversa da quella storica!

Noi abbiamo nella successione tutta una serie di elementi, tutti i principi fondamentali, i quali mostrano una perfetta corrispondenza coi principi che regolano la successione nella sovranità, e ad ogni modo non si accordano con una mera trasmissione patrimoniale, e questi elementi o si tacciono o si dichiarano incomprensibili (*ein Rätsel*, un enigma, torna a dire lo stesso Lenel, del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, di cui tenta di rievocare una spiegazione

così poco felice) o si voglion sopprimere, distruggendo preziosi indizi, come l'*institutio heredis*, nè si osserva ch'essi sono tutti coordinati e col progresso del momento patrimoniale tutti limitati nella loro efficienza, a grado a grado esauriti e finalmente aboliti; in breve l'analisi di questi elementi della struttura giuridica si abbandona totalmente, e si tessono lunghe dimostrazioni, ricamando eternamente su due poveri testi, come il *familiam habeto* e l'*uti legassit super pecunia*, il cui tenore è dubbio, come è incerto il significato e lo scopo di quelle disposizioni; e tutto ciò sempre sulla base di un incrollabile preconconcetto, che la funzione dell'eredità sia stata in origine quella che essa è in epoca storica o per meglio dire quella che essa è schiettamente ai nostri giorni: trasmettere il patrimonio per atto di ultima volontà, come una donazione lo trasmette tra vivi.

Pure, se la struttura è il documento migliore per la storia di un fenomeno, la sua funzione è il documento più fallace. Nessun fenomeno, nemmeno di quelli che sembrano rispondere alle finalità più essenziali, spuntò in origine con la funzione che esso rappresenta al giorno d'oggi. L'abito non nacque per lo scopo di ripararsi dalle influenze esterne, bensì per quello di adornarsi, la rappresentazione artistica non nacque dal bisogno di soddisfare il sentimento estetico, bensì dal pregiudizio magico di appropriarsi le qualità dell'oggetto rappresentato, l'organizzazione postale non è destinata nei grandi Stati dell'antichità e del medio evo ad una funzione commerciale, bensì ad una funzione esclusivamente politica. Il significato, la funzione attuale non significan nulla, perchè si può asserire in ultima analisi con piena verità che non vi è parola, non v'è forma spirituale, che in misura maggiore o minore non muti in brev'ora nell'uso: e ciascuna scienza si è veramente costituita, quando si è basata sull'analisi delle forme, non sul valore attuale di esse. Noi prescindiamo dalle analogie biologiche e dalle scienze più inerenti ai fenomeni della natura che a quelli dello spirito, perchè effettivamente quelle analogie hanno esercitato una dannosa influenza, e sono forse la cagione della diffidenza istintiva di fronte alla concezione naturalistica della storia del diritto.

Certamente non sempre argomenti organici (come del resto gli argomenti critici) sono univoci e decisivi. Ma quando, come nel caso presente, non uno o pochi o molti, ma *tutti* gli elementi fondamentali e arcaici della struttura sono pienamente adatti a una funzione di-

versa, il trapasso di una potestà, e invece disadatti alla funzione patrimoniale, anzi a questa funzione spesso ripugnanti, in quanto non attuano punto la volontà del trasmittente, come il principio *nemo pro parte testatus* e il diritto di accrescimento, o anche più che ripugnanti, in quanto possono giungere ad attuare uno stato di cose che è in diretta contraddizione con la volontà del defunto, come accade nelle relazioni tra l'eredità e il legato culminanti nel prelegato, allora ci sembra che questi argomenti siano veramente stringenti o che almeno dovrebbero esser presi in considerazione dagli studiosi, e al metodo naturalistico riconosciuta dignità pari a quella del metodo critico: prescindendo pure dalla circostanza che di questa funzione estrapatrimoniale non sono insignificanti i residui nello stesso diritto storico ¹⁾, prescindendo dalle analogie con le altre *successiones* o coi diritti, che veramente si possono comparare per la struttura al diritto romano, prescindendo finalmente dal linguaggio, che è quello della sovranità, non quello dei trasferimenti patrimoniali.

Un celebrato storico vivente, Edoardo Meyer, assevera essere un'illusione dei giuristi che l'evoluzione primitiva dello Stato e del diritto di Roma ci sia più nota che non l'evoluzione primitiva dello Stato e del diritto greco: che la verità è precisamente in senso contrario ²⁾. Qui si confonde, come non di rado avviene agli storici, la storia esteriore e contingente delle paci, delle guerre, delle alleanze, che non è scienza, ma rappresentazione empirica e artistica, con la storia dello svolgimento dei singoli fenomeni sociali. Questa noi non dobbiamo desumerla, almeno in linea principale, dalle dubbie e scarse notizie dell'epoca preistorica: e se a questo fossimo ridotti, certamente quanto

¹⁾ Tracce di elementi sovrani connessi con l'*hereditas* nel diritto storico, ovvero oscillanti tra l'*hereditas* e la *familla*, in modo che il loro vincolo originario con l'*hereditas*, quando questa coincideva con la *familla*, si può facilmente ricostruire, sono abbastanza numerose nel diritto classico stesso: in tal numero anzi che questi attributi, messi insieme e ricomposti con quel carattere e quel vigore che essi avevano nell'età primitiva, ricostituiscono di per sé, come abbiamo innanzi mostrato (v. n° 2), la figura di una sovranità. La rappresentanza stessa di un corpo politico, cioè, intendiamo, la vera rappresentanza non è che un attributo e quasi una faccia della sovranità. In base agli elementi stessi della funzione, ridotti quasi ad un'ombra e un simbolo nel diritto classico, sarebbe dato pertanto arguire che l'erede primitivo fosse il *pater* della collettività costituita dalle singole famiglie, cioè probabilmente della *gens*.

²⁾ MEYER, *Plebs* in *Conrad's Handwoerterbuch der Staatswissenschaft*. 2^a ed., v. VI, p. 99, n. 1 (3^a ed., vol. VI, p. 1050, n. 2).

dice il Meyer sarebbe esattissimo. Ma se ci è dato di trarre illazione dall'organismo delle istituzioni storiche, e intendo dall'organismo fondamentale, che, come il corpo e la radice delle parole, rappresenta l'ossatura arcaica, allora l'esistenza della regalità romana appar chiara dai molti residui che essa ha lasciato nell'ordinamento repubblicano, l'esistenza del comune plebeo governato dai suoi edili e la sua distinzione dai clienti si può indurre dalla costituzione degli antichi municipi creati pur essi da un *foedus* e governati dagli edili, la costituzione originaria del senato dalle sopravvivenze numerose del senato storico, la natura e la costituzione della famiglia dall'ordinamento della famiglia e della successione: in altri termini, a documento delle istituzioni primitive noi possiamo invocare tutto l'organismo del diritto romano quale si desume dall'ordinamento storico dei poteri pubblici, dal sistema di Gaio e dal sistema di Giustiniano, cioè un'imponente documentazione davanti alla quale ciò che sappiamo delle istituzioni greche è poco o nulla. È un peccato certamente che, avendo a disposizione un'evoluzione organica così longeva e così nota in epoca storica fin nelle sue più riposte forme, nello stesso diritto privato si voglia desumere le origini dei singoli istituti esclusivamente dalle dubbie e tormentate leggende dell'epoca preistorica.

P. BONFANTE.

IL MANDATO DI CREDITO

Introduzione.

Benchè la ricerca storica e la dommatica giuridica siansi ripetutamente occupate del mandato di credito, pure le dispute sulla natura e la posizione da assegnarsi nei sistemi di diritto positivo a questo istituto, sono lungi dall'essere sopite. Il codice civile italiano non ha, come del resto il suo archetipo francese, disposizioni in proposito, e la pratica ha fornito e fornisce, in questa materia, scarsissimi elementi alla elaborazione della nostra giurisprudenza e della nostra dottrina. Il codice civile per l'Impero germanico — come già era in alcune legislazioni particolari tedesche — ha invece regolato l'istituto in apposito paragrafo (778), che, sebbene preceduto da lunghi studi preparatori, ha sollevato dubbi non solo sulla interpretazione sua, ma ancora sui concetti dottrinali ai quali è ispirato: la disputa dal campo del diritto comune si è quindi trasportata e perpetuata nelle controversie esegetiche della nuova legislazione. Anche il codice svizzero delle obbligazioni ha dedicato i paragrafi 408-411 all'istituto che ci occupa.

Gli effetti comuni alla fideiussione e al mandato di credito ebbe già indotto commentatori e giuristi ad affermare una affinità interna dei due istituti, e a fissarne, più che altro, una diversità formale ed esterna ¹⁾. Si deve principalmente al rinnovamento degli studi storici e al fervore di ricerca, che segna l'avvento della scuola storica, la elaborazione più scientifica e meno meccanica delle vecchie fonti al proposito.

¹⁾ Su tali dottrine cfr. la larga esposizione del GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrechte* (Iena, 1851) pag. 163 segg. (particolarmente pag. 196 e segg.); e ancora GOSWIN A MICHELS, *De intercessione per mandatum* (Halae, 1867), pagg. 81-93, e FÖRSTER, *Der Kreditauftrag* (Leipzig, 1903) pagg. 167-170.

Una prima dottrina differenzia nettamente il mandato di credito e la fideiussione; riconosce e fissa nel mandato di credito una valida figura di mandato, affermandone per altro una peculiare struttura ¹⁾. Non potendosi convenientemente dar ragione degli effetti comuni alla fideiussione, ma impropri del mandato, quali risultano dal diritto giustiniano, e, d'altra parte dovendosi tener ben ferma la distinzione dell'uno dall'altra sotto il rispetto della forma, si giunse presto a costruire il mandato di credito come una garanzia fideiussoria nella forma del mandato: una figura giuridica equivoca: mandato nella forma e per certi effetti, garanzia fideiussoria nella sostanza e nello scopo. È questo il sistema misto, che distingue, nel complesso degli elementi che costituiscono il mandato di credito, due momenti: uno anteriore alla concessione del credito, e il momento successivo alla concessione del credito da parte del mandatario al terzo. Quel primo momento si dichiara soggetto alle norme ordinarie del mandato, il secondo alle norme proprie della fideiussione. È questo il concetto che ha avuto il maggior consenso della dottrina, dal Thibaut e dal Zimmermann al Brinz al Wächter al Dernburg; e ad esso si è ispirato il legislatore tedesco, dopo le critiche del Rothenberg al primo progetto del codice ²⁾.

Accanto a queste dottrine, il Sokolowski ³⁾, negando che il mandato di credito si possa individuare ricorrendo alla figura del mandato, creava una particolare forma di garanzia personale, che disse « *Mandatsbürgschaft* », mirando con ciò a costituire, sulle orme dell'Arndts, un nuovo concetto di fideiussione più libera di quella che deriva storicamente dalla fideiussio formale.

Dopo che il legislatore si è dichiarato per il sistema misto, il Förster ⁴⁾ ne ha impresso la critica; e, indipendentemente dalle ca-

¹⁾ GIRTANNER, O. C., pagg. 60-72, 540-545; GEIB, *Zur Dogmatik des roemischen Bürgschaftsrechts* (Tübingen, 1894) pagg. 149-176 e la letteratura quivi; STAMMLER, *Der Garantievertrag in Archiv für die civ. Praxis* 69, pag. 1 segg.; N. COVIELLO, *Del cosiddetto mandato qualificato nel diritto italiano vigente* (Napoli, 1892, estr. dalla *Critica Forense*, anno 29, fasc. 12 e 13).

²⁾ *Der Kreditauftrag, Beurteilung des § 680 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich nebst Abänderungs- und Ergänzungsvorschlägen in Archiv für die civ. Praxis* 77 pag. 323 e segg.

³⁾ *Die Mandatsbürgschaft nach roemischem und gemeinem Recht* (Halle, 1891) passim. Nello stesso ordine di idee, ma incidentalmente, VON THUR, *Actio de in rem verso* (Freiburg-Leipzig, 1895) pag. 20 n. 3 e pag. 65, n. 97.

⁴⁾ O. C., pag. 170 segg.

tegorie del mandato e della fideiussione (e pur contro la teoria mista), ha costruito il mandato di credito come un contratto di garanzia (per il quale egli propone il nome di « *Kreditgarantiegeschäft* ») con peculiari caratteri che lo distinguono dagli altri negozi di garanzia, e che, in un ordinamento sistematico di questi, sarebbe il tipo dei contratti relativi di garanzia ¹⁾.

Ma poi la dottrina si è variamente pronunciata: e l'Eccius ²⁾ preferisce costruire l'istituto come una dichiarazione unilaterale di volontà, una pura autorizzazione qualificata; e ne afferma, come il Lipmann ³⁾, l'identità con la fideiussione di un credito futuro; il Bendix ⁴⁾ ravvisa invece nel mandato di credito una forma valida di mandato, pure in rapporto al paragrafo 778; e il Weidemann ⁵⁾ è nello stesso ordine di idee quando determina che il mandato di credito è un mandato per cui il mandatario si obbliga, in proprio nome e per conto proprio, a fare una dichiarazione di volontà ch'egli intende di concludere un negozio creditorio col terzo nell'interesse del mandante. La dottrina si ribella così alla legge.

Il Sokolowski, allo scritto del quale si riannodano molte delle nuove dottrine, cercò e credette di trovare il migliore appoggio alle sue conclusioni, nella struttura romana del mandato di credito, cui dedicò specialmente il suo studio: la base romanistica era trovata; ma nessuno, ch'io mi sappia, pur rilevata la diligenza della ricerca

¹⁾ O. c., pag. 151 segg.

²⁾ *Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat in Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Recht durch Theorie und Praxis* del GRUCHOT, 46 (1902) pag. 55 segg.

³⁾ *Der Kreditauftrag des bürgerlichen Gesetzbuchs in Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 48 (1904) pag. 314 segg.

⁴⁾ *Der Kreditauftrag nach bürgerlichem Gesetzbuche in Archiv für bürgerliches Recht*, 20 (1902) pagg. 155-169.

⁵⁾ *Der Kreditauftrag in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 53 (1903) pagg. 429-473.

La letteratura tedesca su questo istituto è assai larga; anche a prescindere dai manuali di pandette e dai trattati di diritto civile e commerciale, monografie in gran numero hanno trattato dell'argomento, e prima e dopo la pubblicazione del codice. Oltre le già citate si ricordano qui: H. SCHULZ, *De mandato qualificato* (Vratislaviae, 1867); H. OESTERLEY, *Ueber das mandatum qualificatum* (Gottingen); R. SILLER, *Der Kreditauftrag des bürgerlichen Gesetzbuches* (Borna-Leipzig, 1904); A. RINCK, *Der Kreditauftrag des § 778 BGB* (Borna-Leipzig, 1905); CURT KÖSTLICH, *Der Kreditauftrag als Garantievertrag im röm. u. bürgerl. Recht* (Borna-Leipzig, 1912).

e la genialità di certi ravvicinamenti, nessuno indagò se la esegesi fu sempre corretta e sempre corretti i ravvicinamenti. E sì che non bisogna disconoscere questa verità, che cioè, se è vero che senza saldi principi dommatici ogni conclusione sui risultati di una ricerca storica non può riuscire che vaga ed inutile; in quanto l'indagine storico-critica ricostruisce indipendentemente dalla logica astratta, ed offre i propri risultati alla speculazione giuridica onde essa ne usi se ed in quanto sia consentito da inalterato persistere di condizioni nei rapporti da regolare, è altrettanto e più vero che applicare alla ricerca storica i risultati di una convinzione dommatica, e di essi colorirla e con essi guidarla, può essere ed è pericoloso ed infido.

E tale critica si può rivolgere al Sokolowski e al Förster in quanto abbiano forzato e piegato il senso dei testi alle esigenze della tesi che s'erano prefissi di sostenere. Basta osservare che già sull'inizio delle sue ricerche, il Sokolowski afferma il necessario naufragio di ogni tentativo di dichiarare la natura del mandato di credito con il comprenderlo nel sistema dei mandati, per dichiarare l'affermazione esagerata e viziata da un preconceito di tesi.

Deve poi rilevarsi che la indagine non fu condotta con metodo critico; nè si tennero nel debito conto le riforme giustinianee. Le quali - regolando la complessa materia delle garanzie personali con intento di uniformare in proposito il diritto positivo (abolite la sponsio e fidepromissio, il receptum argentarii fuso con il constitutum debiti alieni, aboliti gli effetti classici della contestatio litis per i fideiussori, introdotto il beneficium excussionis ed esteso il beneficium divisionis ad ogni forma di garanzia personale, nonchè riunita la materia sotto un unico titolo: 'de fideiussoribus et mandatoribus') - crearono un ibridismo, negli elementi costitutivi del mandato di credito, tale da legittimare, per più rispetti, le dubbiezze della dottrina.

Il fuggevole cenno a quali opposti risultati si possa giungere prendendo a base le fonti romane, convince dell'utilità di una revisione di esse.

Capitolo I.

1. I testi fondamentali relativi al 'mandatum ut Titio credas'.
2. Mandatum tua gratia e consilium. Si afferma la indifferenza giuridica di entrambi in diritto romano.
3. Dottrine le quali ammettono l'obbligatorietà del 'mandatum tua gratia', fondandola su la regola 'quia non aliter facturus esses, quam si tibi mandatum esset'. Determinazione del significato di cotale regola data da Sabino per il mandatum ut Titio credas ('quia non aliter T^o. credidisses quam si tibi mandatum esset'). Nè Sabino nè i giuristi classici intesero con essa di dichiarare la validità del 'mandatum tua gratia'.
4. Egesi dei testi che, secondo la dottrina, esibiscono esempi di 'mandati tua gratia' validi: a) D. 17, 1. 32; b) D. 16, 3. 1. 13; c) D. 17, 1. 6. 5. Conclusioni dell'esame esegetico.

1. Gai., *Inst.* III, 155-156.

Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus, sive aliena: itaque ut mea negotia geras, sive ut alterius mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi, vel te mihi bona fide praestare oportet. 156. Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes; itaque si otiosam pecuniam domi te habentem te hortatus fuerim ut eam fenerares, quamvis iam ei mutuum dederis a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem: item si te hortatus sim, ut rem aliquam emeress, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi tenebor, et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares. [sed] Servius negavit: non magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam feneraret. (sed) sequimur Sabini sententiam contra sentientis quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset ¹⁾.

¹⁾ Cfr. D. 17, 1. 2; GAI., *l. II cotidianarum*:

Mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua, sive tua et aliena. Quod si tua

D. XVII, 1. 6. § 4-5. Ulpianus, *l. XXXI ad edictum* (Lenel, 907). Cfr. pag. 152.

Questi sono i testi da cui muove la discussione sulla natura giuridica dell'istituto oggetto di questo studio.

È anzitutto da vedere come siasi giunto a individuare il mandato di credito come un negozio di garanzia oltre e fuori la sfera del mandato; è questa appunto la dottrina, la quale, benchè non risponda alle fonti, tende a prevalere.

Il procedimento logico che vi ha condotto, nel suo più semplice schema, è questo: il *mandatum tua gratia* e il *consilium* s'identificano nella improduttività di effetti giuridici, il mandato di credito (*ut Titio*

tantum gratia tibi mandem supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. § 1. *Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emereres vel ut pro me fideiubeas.* § 2. *Aliena tantum veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres vel ut fundum ei emereres vel ut pro eo fideiubeas.* § 3. *Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres vel ut mihi et Titio fundum emereres vel ut pro me et Titio fideiubeas.* § 4. *Tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei qui in rem meam mutuaretur.* § 5. *Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes; quod si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum.* § 6. *Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloques: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui datur, quia liberum est cuique apud se explorare an expediat sibi consilium.*

Inst. III. 26. Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. at si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nec mandati inter vos actio nascitur. § 1. *Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia eius gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes.* § 2. *Tua et mandantis veluti si mandet, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur, aut si volente te agere cum eo ex fideiussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis, vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id quod tibi debuerat.* § 3. *Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes.* § 4. *Sua et aliena veluti si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emereres, vel ut pro eo et Titio sponderes.* § 5. *Tua et aliena, veluti si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes, quodsi ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.* § 6. *Tua gratia*

pecuniam feneres o credas) è un mandato t. gratia ¹⁾, quindi non ha natura di mandato, è improduttivo di effetti giuridici come il consilium; se così è e le obbligazioni non sorgono ex causa mandati appare legittimo d'individuare ulteriormente la reale causa obbligatoria. Questa si afferma unicamente nella promessa di garanzia da parte del mandante. Così si costituisce la base romanistica per costruire una promessa di garanzia solo come tale degna di particolare considerazione da parte del diritto.

*
* *

2. La controversia sulla identità concettuale del *mandatum t. gratia* e del *consilium* ha avuto una letteratura fin troppo larga, data la sua importanza ²⁾. La divergenza tra le due correnti, l'una che tende a

intervenit *mandatum*, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques, quam feneres, vel ex diverso ut feneres potius quam in emptiones praediorum colloques. cuius generis *mandatum* magis *consilium* est quam *mandatum* et ob id non est obbligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat *consilium*. itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeresset vel eam credas, quamvis non expediat tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed optinuit Sabini sententia obbligatorium esse in hoc casu *mandatum*, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi *mandatum* esset.

Dal confronto tra le Istituzioni gaiane e giustiniane risulta che la disputa relativa alla validità del *mandatum ut Te*, credas non ha, in diritto giustiniano, che un valore di ricordo storico; mentre Gaio ci dice: 'et adeo haec ita sunt ut quaeratur'.... 'Sed sequimur Sabini sententiam' le Istituzioni giustiniane hanno: 'et adeo haec ita sunt ut quaesitum sit...' 'sed optinuit Sabini sententia'.

Per alterazioni operate dai compilatori nel frammento sopra trascritto delle *Res Cottidianae* di Gaio cfr. le osservazioni del MANCALEONI, *Mandatum tua gratia e constitutum in Rivista italiana per le scienze giuridiche* 27 (1899) pag. 367 segg. Cfr. pag. 181, nota 2.

Sull'affermazione del FÖRSTER (*Kreditauftrag*, pag. 98, cfr. pag. 89 sgg.), conforme a v. THUR (*Actio de in rem verso*, pag. 104, n. 4e) che sia giustiniana e la distinzione dei mandati e particolarmente il § 5, vedi a pag. 181.

¹⁾ FÖRSTER, o. c., pag. 88 segg.

²⁾ 'unsterbliche und doch gewiss kleinliche Kontroverse' la dice STAMMLER, *Der Garantievertrag*, pag. 68. Questo scrittore ritiene che dalla validità del *mandatum tua et aliena gratia* e *aliena gratia* si possa argomentare la forza obbligatoria del *mandatum tua gratia*, poichè il momento della mancanza d'interesse del mandante è anche in quelli [ma, osservo, per il diritto romano, il ragionamento

equiparare e identificare le due figure, l'altra che concettualmente le distingue ma riconosce per altro che normalmente il mandato t. gratia è improduttivo di effetti come il consilium, ha permesso di applicare o non applicare al consilium le norme che, dalle fonti, si asserivano valere per il mandatum t. gratia.

E così: affermata la identità concettuale delle due figure, se il mandatum t. gratia effettua una obbligazione nel mandante, quando questi assuma la garanzia per le conseguenze del mandato, anche in caso di mero consiglio tale garanzia assunta per le conseguenze del consilium, effettua la obbligazione del consigliere; o, invece, ammessa la diversità concettuale delle due figure: se il mandatum t. gratia ineffettivo normalmente, diviene effettivo di obblighi per il mandante solo perchè questi assume la garanzia, nel consilium tale assunzione è indifferente e non effettua alcun obbligo nel consigliere.

Ancora si sostenne che non bastasse l'animus di far garanzia, ma si nel consilium come nel mandatum t. gratia fosse necessario uno specifico momento ulteriore; cioè che il consigliere o il mandatario non avrebbero agito senza, rispettivamente, il consiglio o il mandato.

Il ragionamento procedeva in questo modo: se le fonti riconoscono nel mandatum t. gratia la natura di un consilium dichiarandone - normalmente - la improduttività di obbligazioni, e se le fonti stesse ammettono casi in cui le obbligazioni sorgono nel mandatum t. gratia, si deve logicamente concludere che, verificandosi quelle condizioni per cui un mandatum t. gratia diventa produttivo di obbligazioni, ciò anche si verifichi per il consilium: le fonti dichiarano che il mandatum t. gratia è valido se il mandatario senza di esso non avrebbe agito: anche il consiglio non sarà validamente produttivo di obbligazioni se non quando

non va. Gaio infatti afferma la validità del primo e nega la validità del secondo]. Solo è necessario determinare - ed è questione di fatto - se occorra mandato o semplice consiglio. Ove si ammetta la validità del mand. t. gratia, lo Stammer afferma che si avrà un contratto che si avvicina al Garantievertrag, distinguendosi per il fatto, che il mandatario resta obbligato secondo le norme proprie del mandatum.

Per lo Stammer quindi possono esservi casi di mandatum t. gratia validi e, in conseguenza, da regolarsi come ogni altro valido mandato.

Sulla controversia, di cui è detto nel testo cfr. SOKOLOWSKI, *Mandatsbürgschaft*, pag. 40 sgg., e quivi una larga discussione critica della letteratura; FÖRSTER, O. C., pag. 81, 9; MANCALEONI, O. C., I. C.; SCHEY, *Die Obligationenrecht des österr. allgem. Privatrechts* I. 3 pag. 472 e n. 7.

il consigliato senza di esso non avrebbe agito. E v'ebbe chi ritenne obbligatorio il consilium con il concorrere di questi due momenti: a) promessa di garanzia; b) dimostrazione che il consigliato non avrebbe agito senza il consilium ¹⁾; altri che ritennero obbligatorio il consilium con il verificarsi di uno solo dei due momenti ²⁾. D'altra parte gli oppositori dell'identità concettuale del mandatum t. gratia e del consilium restrinsero il significato dei testi ai (pretesi) casi di mandati t. gratia, e dichiararono improduttivo di effetti il consilium anche col verificarsi di quei momenti specifici che effettuano la obbligazione nel mandatum t. gratia ³⁾.

¹⁾ THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile d. Theorie d. Rechts*, I, n. 8; *Syst.* § 518. Contro, per tutti VANGEROW, *Lehrbuch d. Pandekten* ¹ III, 659 A. (pagina 493). Il DERNBURG, *Pandekten* II, § 115, n. 9 richiede l'espressa dichiarazione del mandatario che il mandato è causa del suo operare; il SEGRÉ, o. c. a pag. 192, n. 133 non vede la necessità di tale dichiarazione.

²⁾ a) promessa di garanzia: TEWES, *Haftung aus Rath und Empfehlung in Archiv für die civ. Praxis*, 51 (1868) pagg. 45-46; UNTERHOLZNER (Huschke), *Lehre v. d. Schuldverhältnisse* II, pag. 590; SOKOLOWSKI, *Mandatsbürgschaft*, pag. 53: 'der Rathgeber in irgend einer Form die Garantie für den guten Erfolg der von ihm angerathenen Handlung übernommen hat. Dies Moment ist ganz allein massgebend'.

b) dimostrazione che il consigliato non avrebbe agito (o avrebbe agito diversamente) senza il consiglio: COCCERI, *Jus controversum*, l. 17, tit. 1, quaest. 8; VINNIO, *Comm. ad Instit.* III, 27, 6; SENTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht* II § 113, n. 16. Contro Sokolowski, o. c., pag. 47 segg.

³⁾ Cfr. a es. HOLZSCHUHER, *Theorie und Casuistik d. gemeines Civilrechts* ³, III, 652 § 275, nn. 1, 2; H. JACOBY, *Die Creditterkundigung* (Berlin, 1891) pag. 10 segg.

Il VANGEROW, l. c., ammette che il consiglio obbliga quando con uno speciale contratto il consigliere si sia assunto di rispondere delle conseguenze del suo consiglio, perchè ciò deriva da principi generali. Il che significa che il consiglio, come tale, non obbliga, ma obbliga il contratto o la dichiarazione per cui chi diede il consiglio se n'è assunta la responsabilità. Quanto al mandatum t. gratia il Vangerow non ammette che vi abbia una tacita assunzione del rischio, chè: 'die Gesetze gehen vielmehr von der Absicht, sich obligiren zu wollen angenommen werden könne, und darum sagen sie, dasselbe sei nicht obligatorium'. Se ne dovrebbe argomentare che anche nel mandatum t. gratia sia necessario un contratto speciale di assunzione del rischio. Per contro il Vangerow si limita ad affermare: 'eine, auch unleugbar vorhandene, innere Verwandtschaft derselben (sc. m. t. gratia e cons.)', e che le fonti presentano eccezioni alla regola dell'invalidità del mandatum t. gratia, le quali non si debbono estendere al consilium. Anche il ROSSHIRT, *Gem. deutsch. Civilrecht* (Heidelberg, 1840) II pag. 531, ammette la obligatorietà del mand. t. gratia per l'assunzione del periculum 'ist das m. t. gratia unverbindlich wenn nicht der Mandans die Gefahr auf sich nimmt, und ein solches Geschäft ist in sehr bestimmten Fällen ein Mandat, oft gar kein Vertrag, oft ein Vertrag ohne besondere Namen und Formen'.

L'interesse è nel determinare se in diritto romano il consiglio obblighi quando il consigliere assuma la responsabilità dei danni derivanti dall'esecuzione del consiglio, o se vale solo un *mandatum t. gratia* con assunta garanzia, o se tanto l'uno che l'altro non tengano.

Finora si è fatta o non valere l'equiparazione di *mandatum t. gratia* e *consilium* per affermare anche la obbligatorietà di questo o solo la obbligatorietà di quello, intervenendo la promessa del *periculum*. Ma, pur partendo dalla contestabile identità del *consilium* e del *mandatum t. gratia*, si può far valere la equiparazione in senso inverso, e cioè: se un *mandatum t. gratia* è concettualmente identico ad un *consilium*, e se un *consilium* è invalido anche con intervento di garanzia, pure un *mandatum t. gr.* con assunzione di garanzia è invalido. D'altra parte anche accettando la diversità sostanziale tra l'una e l'altra figura, è necessario accertarsi se nei — pochissimi — casi in cui si afferma che le fonti ammettano la obbligatorietà del *mandatum t. gratia* per l'assunzione del *periculum*, si tratta di veri e propri mandati in *gratiam* mandatarii.

I testi sono univoci nell'affermare che il consiglio non obbliga mai: Gai. III, 156; Inst. III, 26. 6; D. 17. 1, 2, 6; 17. 1, 10, 7; 50. 14, 2; 50. 17, 47 pr.

Nel consiglio si esprime un parere, esso è indifferente per il diritto; non costituisce che un momento nel complesso dei motivi dell'agire del consigliato, quindi non è attinente alla sfera giuridica.

Si afferma che il consiglio obbliga se dato dolosamente: per vero, in questo caso, si ha dolo ed è il dolo che legittima l'esercizio dell'*ad doli*. Nel campo contrattuale se al consiglio si accompagna promessa di garanzia l'obbligo corrispondente avrà giuridica consistenza se ed in quanto l'assunzione della garanzia sia giuridicamente valida: l'obbligo insomma non sorge dal consiglio, ma dalla causa obbiettiva⁷⁾.

⁷⁾ Anche nei casi in cui si suole affermare che il consiglio obbliga in dipendenza di un contratto o di un ufficio, non è che il consiglio faccia sorgere obbligazioni; si tratta sempre in realtà o di obbligazioni contrattuali o di obbligazioni che hanno una causa obbiettiva. Nè basta quindi l'intenzione di obbligarsi del consigliere perchè sorge l'obbligazione da consiglio.

Gli esempi che soglionsi addurre dal diritto romano sono: D. 19, 2. 9. 5 e D. 11, 3. 3 § 1 (cfr. D. 4, 3. 7. 6) e § 4 (cfr. D. 19, 1. 54. pr.). Ma nel primo caso si tratta di un contratto di locazione, e non vedo come possa da presso toccare la obbligatorietà del *consilium*; il secondo è il seguente: *ULPIANUS, l. XXIII ad edict. ... si quis servo alieno suaserit in tectum ascendere vel in puteum descen-*

Onde la garanzia del buon esito di un negozio consigliato o la promessa del rischio per la esecuzione di esso, vale se ed in quanto tale assunzione sia valida: essa potrà essere produttiva di obbligazioni, non il consiglio diventa, per essa, obbligatorio. Per vero se il consiglio non è un negozio giuridico, non può diventarlo solo perchè è accompagnato da un negozio giuridico.

In diritto romano una tale garanzia non avrebbe potuto consistere che nella forma della stipulazione¹⁾.

dere et ille parens ascenderit vel descenderit et ceciderit crusque vel quid aliud fregerit vel perierit, an teneatur; et si quidem sine dolo malo fecerit non tenebitur, si dolo malo tenebitur; PAULUS, *l. XIX ad edict.*: Sed commodius est utili lege Aquilia eum teneri. Per la contraddizione e i tentativi di risolverla vedi, già, NEUSTETEL (-ZIMMERN, *Roemischrechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung* [Heidelberg, 1821] pagg. 40-44).

Probabilmente, però, il frammento di Paolo ha perduto il suo senso originario, essendo stato staccato dal caso concreto a cui si riferiva (appare certamente anche ritoccato dai compilatori; cfr. utili lege A. teneri): i Giustinianeî, collocandolo al posto che ha nella compilazione, dimostrano di preferire, nel caso, l'a. legis Aquiliae utilis. Comunque, si tratterebbe di responsabilità quasi aquiliana, che non deriva dal consilium, ma dal damnum iniuria datum.

Le controversie dibattutesi lungamente nella dottrina del diritto comune hanno lasciato indifferente - e non a torto - il legislatore francese e italiano e lo svizzero; hanno invece indotto tanto il legislatore austriaco (ABG. § 1300) come il tedesco (BGB. § 676) a disporre particolarmente sul consilium. Per il primo cfr. SCHEY, o. c., pag. 474.

Quanto alla disposizione del codice civile tedesco, si può osservare: a) che la collocazione del paragrafo sotto la rubrica 'Auftrag' non sembra la più propria. Tale collocazione si spiega soltanto come un residuo della consuetudine dottrinale di trattare del consilium a proposito del mandato; b) quanto al contenuto del paragrafo, esso ribadisce il principio romano della non obbligatorietà del consiglio 'unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältniss oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verbindlichkeit'; eccettuati quindi i casi di responsabilità contrattuale e di responsabilità obbiettiva (cfr. a es., §§ 823, 826, 839). Vedi, al proposito, per tutti, ENDEMANN, *Lehrbuch d. bürgerl. Rechts* I^o (1903) § 173, pagg. 1088-1087 e, quivi, la letteratura. Per una più particolareggiata trattazione cfr. F. FLOERKE, *Rat, Auskunfterteilung und Empfehlung nach dem BGB* (Schwerin i. M. 1910).

¹⁾ Cfr. in questo senso, GEIB, o. c., pagg. 166-167; e cfr. D. IV, 3. 7. 10 (ULP. *l. XI ad edict.*): Idem Pomponius refert Caecidianum praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum qui affirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur, quod verum est: [nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari]. L'ultimo periodo è un'aggiunta postclassica perchè non ha rapporto con quanto precede: non era questione se la calliditas dell'affirmator fosse magna ed evidens o meno, ma che da un'affirmatio non sorge actio de dolo. Ed è inutile, presupponendo che l'affirmatio fosse stata fatta con dolo,

Quando è dato un incarico la cui esecuzione rientra nella cerchia normale degli affari di colui al quale vien dato, sì come il diritto tutela gli interessi non li promuove nel senso di costringere a compierli, appare appunto inconcepibile una costrizione in questo senso; anche perchè si deve presumere che ciascuno tenda a fare gli interessi propri e d'altro lato non è lecita una intromissione nella sfera riservata all'altrui libertà. E, per questo aspetto, il *mandatum t. gratia* non è se non un momento nel complesso dei motivi d'agire di colui al quale si dirige. Così è che nelle fonti trovansi giustapposti *mandatum t. gratia* e *consilium*; quello dichiarato da Gaio 'supervacuum' (III, 156), cioè superfluo, inutile, indifferente di fronte al diritto comechè non abbia elementi degni della tutela giuridica¹⁾. Gaio nelle Istituzioni si limita a dirci questo; Giustiniano²⁾, invece, affermando che il *mandatum t. gratia* 'magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium' ha giustapposto *mandatum t. gratia* e *consilium* in modo da lasciar pensare che esistano mandati *t. gratia* obbligatorii³⁾; non è più la negazione assoluta della indifferenza giuridica del *mandatum t. gratia* che s'incontra in Gaio.

perchè, in tal caso, non l'adfirmatio, ma il dolo fonda l'a. doli. Così decide Gaio 4, 3. 8 e cfr. D. 50, 14, 2 in f.

Il SOKOLOWSKI, o. c., pag. 43, afferma 'auch bei consilium kann eine Garantie neben der Stipulationsform durch formloses Mandat übernommen werden'. Ciò è erroneo. Il Sokolowski intende che di un'azione consigliata si può assumere garanzia con un mandato. Il che significa che bisogna dare l'incarico (mandato) di compiere l'atto che si consiglia, assumendo il pericolo. Come può il consiglio che non obbliga rivestirsi della forma di un mandato obbligatorio? O il negozio consigliato è tale da costituire, intervenendo mandato, un *mandatum t. gr.* e allora il mandato non consiste, o non è tale da costituire un *mandatum t. gratia* e allora il mandato tiene e le obbligazioni saranno quelle che sorgono normalmente da un mandato valido. Il testo, poi, addotto dal Sokolowski a sostegno della sua tesi (D. 16, 1. 19 pr. § 1) non fa parola di consiglio ma di mandato.

¹⁾ Per tale significato di 'supervacuum' cfr. ancora: GAI, II, 140, 221 (adv.), IV, 107; Paul. R. S. III 4b 7 (adv.); D. 2, 14, 10; 3, 3. 8. pr.; 20, 5. 9. 1; 45, 1. 65 pr.

²⁾ Per le alterazioni giustiniane del fr. di Gaio (D. 17, 1. 2. 6) cfr. MANCA-LEONI, in *Riv. itat. per le Sc. giur.* 27 (1899) pag. 380 e segg. Contro, però, FER- RINI, *Bull. Ist. d. r.* XIII (1908) pagg. 181-182. Vedi pag. 181^a.

³⁾ Cfr. VANGEROW, *Lehrbuch d. Pandekten* I III § 659 A. 4: 'Gewiss aber kann daraus dass es in Gesetzen heisst das *mandatum t. gratia* sei *magis consilium*, quam *mandatum et ob id non est obligatorium*, nicht eine völlige Identität bei der Rechtsverhältnisse gefolgert werden, sondern es ist da nur eine, auch unleugbar vorhandene, innere Verwandtschaft derselben angedeutet'. Contro cfr. SOKOLOWSKI, o. c., pag. 45.

Insomma, i classici non solo non hanno mai posto il problema se *consilium* e *mandatum t. gratia* siano istituti concettualmente identici, ma ne pure hanno affermato che debbano essere figure giuridiche necessariamente distinte, nel senso che mentre il consiglio non produce obbligazioni, il *mandatum t. gratia* ne produca sotto certe condizioni o con il verificarsi di circostanze particolari.

Il principio da essi enunciato, e che devesi tener fermo per gli ulteriori sviluppi, è che il *mandatum t. gratia* non effettua alcuna obbligazione. Ora, una figura di mandato che il diritto non riconosce non può diventare valida figura di mandato per elementi esterni che non siano quelli che giuridicamente la individuano.

*
* *

3. Ciò posto è indifferente ricorrere alla volontà di obbligare e di obbligarsi nel *mandatum t. gratia*; e quando si afferma - ed è affermazione comune per differenziare il *mandatum t. gratia* e il *consilium* - che nel *mandatum t. gratia* l'*animus sese obligandi* è integrante contenuto della volontà del mandante¹⁾, si dà alla volontà del mandante in *favorem* mandatarii un valore che non ha. Sono quindi destinati a fallire i tentativi di dichiarare valido il *mandatum t. gratia* movendo dall'*animus sese obligandi*.

Da noi, con particolare diligenza, hanno fatto oggetto di studio la materia che qui interessa, il Mancaleoni ed il Segrè.

Il Mancaleoni²⁾, ammesso che il *mandatum t. gratia* abbia, come momento discretivo dal puro consiglio, l'elemento della volontà di obbligarsi, e pure ammesso che il mandato si dovette 'in Roma per i bisogni peculiari della pratica, dirigere a raggiungere lo scopo di un'assunzione di garanzia', pensa che il *mandatum t. gratia* sia valido quando si possa determinare il consenso del mandatario.

Gli elementi per cui il *mandatum t. gratia* può essere obbligatorio sono: a) il mandato ossia l'incarico con l'intenzione di obbligarsi; b) che la azione del mandatario sia determinata dal mandato, nel

¹⁾ Così, a es., FÖRSTER, o. c., pagg. 9-10. Diverso è il caso della *commendatio* in rapporto al *mandatum aliena gratia*. Questo era valido: quindi per decidere se si abbia mandato o *commendatio* necessita ricorrere alla volontà o alla causa. Cfr. D. 17, 1. 12. 12; 4, 3. 7. 10; 50, 14. 2; C. 4, 26. 43. 2. Cfr. pag. 154^a.

²⁾ *Mandatum tua gratia e consilium* in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 27 (1899) pag. 367.

senso che senza il mandato egli non agirebbe. Questo secondo elemento è essenziale perchè si possa parlare di una obbligazione da *mandatum t. gratia*. Ed è essenziale perchè nel *mandatum t. gratia*, mentre esiste sempre la volontà di obbligarsi del mandante, chè altrimenti di mandato non potrebbe parlarsi ¹⁾, è incerto invece se il contratto possa dirsi perfezionato col consenso del mandatario: trattandosi, invero, di azione ch'è nel suo interesse esclusivo resta il più delle volte (!) dubbio se l'azione sua dovesse considerarsi come dipendente dal consenso prestato al mandato. Chè anzi, ordinariamente, si dovrebbe presumere che il mandatario avesse agito non preoccupandosene punto. Quando si fosse certi che il consenso del mandatario esisteva, e ciò era appunto quando l'azione di esso era stata assolutamente determinata dal mandato, non vi potrebbe essere dubbio che egli avesse inteso di consentire; il mandato era così perfetto ²⁾.

Ma si il requisito della volontà di obbligarsi del mandante, si il requisito della dimostrazione che il mandatario senza il mandato non avrebbe agito, come indice del suo consenso, presuppongono risolto

¹⁾ O. c., pag. 375.

²⁾ Cfr. pagg. 370, 371, 375. A simili riflessi bene si è opposto il FÖRSTER, o. c., pag. 11, n. 1. Essi ebbero ed hanno larghissimo consenso nella dottrina; secondo la quale il momento per cui il *mandatum t. gratia* è valido, è questo che cioè il mandatario senza il mandato non avrebbe compiuto l'atto, che invece intende compiere solo perchè interviene il mandato. Una prova testuale contro questa opinione si ripeterebbe, a mio avviso, dalla l. 71 § 2 D. 46, 1 (PAULUS, l. IV *quæstionum*): *Placet mandatorem teneri etiam si faeneraturo creditori mandat pecuniam credere*; dove a 'faeneraturo' si dà questo senso 'che avrebbe spontaneamente mutuato il denaro'. (CUIACIO, FABER, GIRTANNER, o. c., pag. 68; MICHELIS o. c., pag. 43; GEIB, o. c., pag. 167; FÖRSTER, l. c.). Codesta interpretazione del passo di Paolo getterebbe luce sulla legittimazione di Sabino 'quia non aliter credidisses quam si tibi *mandatum esset*' nel senso che questa non avrebbe inteso a rilevare particolarmente il mandato come momento determinante dell'agire del mandatario.

Però dubito assai che il passo di Paolo abbia necessariamente il significato attribuitogli; credo piuttosto che esso significhi che il mandante sia tenuto anche quando il mandatario abbia non semplicemente dato a mutuo (credere) ma ad usura (faenerare) oltre il tenore del mandato. Il passo rientrerebbe quindi nel novero dei testi relativi all'eccesso di mandato; e con assai probabilità ritoccato dai compilatori (cfr. il 'placet').

Da un punto di vista meramente dogmatico, il mandato è contratto che sorge col mero incontro delle volontà o consenso; nè è quindi ulteriormente necessario che esso sia motivo ad agire: il diritto non si occupa dei motivi. (Così, anche, FÖRSTER, o. c., pag. 10¹⁾).

se il *mandatum t. gratia* sia valido, onde non possono costituire argomento per affermarne la validità¹⁾. E ciò è sì vero che, secondo le idee del Mancaleoni un *mandatum t. gratia* accettato espressamente dal mandatario sarebbe senz'altro valido, e questo appunto è, invece, ciò che deve si dimostrare.

Poichè il consenso prestato e dichiarato indica la volontà del mandatario di compiere l'atto mandatogli, questa volontà manifestata è per sè effettiva o non effettiva indipendentemente da una ulteriore dimostrazione dello stato psichico del mandatario prima e dopo il mandato. Con la dottrina del Mancaleoni si arriva a dar valore giuridico ad uno stato psichico ch'è indifferente in quanto sono per il diritto indifferenti i motivi interni. E, quindi, al trar dei conti, gli elementi del mandato ordinario dovrebbero bastare per la validità del mandato *t. gratia* cioè - presupposto un oggetto lecito, la gratuità e la capacità dei contraenti - consenso del mandante e consenso del mandatario; perchè il doversi dimostrare il consenso di quest'ultimo attiene puramente alla prova. Relativamente alla quale si finirebbe per cozzare contro l'assurdo e l'impossibile. Si dovrà dimostrare lo stato d'indifferenza psichica del mandatario o un suo stato psichico di non volere, rispetto all'oggetto del mandato? D'altra parte se il negozio è obbiettivamente tale che il mandatario l'avrebbe compiuto come affare proprio, spontaneamente, perciò solo come si potrà dimostrare che non l'avrebbe compiuto senza il mandato? Questo sarà possibile quando il negozio sia tale che il mandatario avrebbe anche potuto non compierlo.

Ancora: l'eseguimento dell'atto oggetto del mandato implica normalmente l'accettazione del mandato; l'essere esso atto di esclusivo vantaggio e interesse del mandatario non legittimerebbe di per sè una conclusione diversa; appare logico che la mancata tempestiva rinuncia del mandatario dovesse aver per effetto di fare arguire il suo consenso al mandato; certo più logico dell'ammettere che il mandatario dovrebbe far constare al mandante che, eseguendo l'atto, non intende di dar corso al mandato.

Il Segrè²⁾ è giunto, per altra via, a risultati simili. Egli osserva

¹⁾ Cfr. p. 144.

²⁾ *Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il diritto romano e il nuovo diritto germanico*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 28, pag. 227 e segg.; pag. 62 e segg. dell'estratto.

che ostacolo all'efficacia del *mandatum t. gratia* non poteva essere il difetto d'interesse iniziale nel mandante, perchè 'già era ammesso il *mandatum aliena gratia* in genere, indipendentemente da un rapporto di mandato o di gestione fra il mandante e il terzo'. Siccome 'poteva bastare che dal mandato stesso risultasse la possibilità di un interesse, sia pure futuro ed eventuale, del mandante per dar vita al mandato' così 'questa possibilità di un interesse futuro ed eventuale al retto adempimento del mandato, nel *mandatum aliena gratia* e nel *mandatum t. gratia* si aveva soltanto quando il mandante si fosse assunta la responsabilità per le dannose conseguenze che fossero per derivarne al mandatario' ¹⁾).

Si obietta che ove si configuri un caso di *mandatum t. gratia* in cui il mandante abbia un interesse eventuale e futuro, non è più a parlarsi di un *mandatum t. gratia* ma di *mandatum mea et tua gratia*, ch'è indubbiamente valido. Nè sono da appaiarsi *mandatum aliena gratia* e *t. gratia*; le fonti ammettono la validità del primo senza ricorrere a particolare assunzione del rischio da parte del mandante, e la invalidità del secondo senza affermare che può essere valido intervenendo da parte del mandante, la garanzia del rischio.

Prosegue poi il Segrè, affermando che il *mandatum t. gratia* non è vincolante perchè 'nei casi normali è implicitamente dichiarata la volontà del mandante di non essere responsabile delle conseguenze dannose che potrebbero derivare dalla sua retta esecuzione. Ma ove debbasi ritenere che tale responsabilità sia assunta, il *mandatum t. gratia* non è trattato diversamente da un altro mandato qualsiasi' ²⁾).

Per il Segrè il *mandatum t. gratia* normalmente non vincola 'perchè non include, a differenza delle altre specie di mandato l'assunzione di garanzia per il *periculum*' ³⁾; ammettendo quindi: *a)* che nelle forme valide di mandato è inclusa un'assunzione di garanzia; *b)* che quando una tale garanzia esiste nel *mandatum t. gratia* esso è valido. E allora: o la garanzia del *periculum* nel *mandatum t. gratia* è quella ch'è inclusa normalmente nei mandati validi, e si può obiettare al Segrè ciò che si obietta, ed egli stesso bene ha obiettato al Mancaleoni ⁴⁾,

¹⁾ o. c., pag. 67.

²⁾ o. c., pag. 68.

³⁾ o. c., pag. 69, n. 131.

⁴⁾ o. c., pag. 65, n. 124.

cioè che prima di ricercare l'*animus sese obligandi*, debbesi risolvere il quesito se il *mandatum t. gratia* sia efficace. O il Segrè intende una garanzia in senso proprio, tecnico diversa da quella ch'è implicitamente contenuta in ogni mandato valido, e allora resta a dimostrarsi perchè mai una particolare forma di *animus sese obligandi* che non è quella del mandato normale, può far diventar valido ciò che giuridicamente è indifferente.

Il Mancalèoni ed il Segrè hanno in sostanza ripresi, con maggior sviluppo, concetti già vigorosamente enunciati dalla dottrina tedesca del secolo scorso. Il Sokolowski infatti negò esplicitamente che il *mandatum t. gratia* e *aliena gratia* effettuassero obbligazioni senza l'aggiunta di un ulteriore momento obbligatorio ¹⁾. Onde, in tali casi, il mandato tiene, non perchè abbia gli elementi che lo individuano, ma perchè interviene un elemento esterno, ch'è la promessa espressa della garanzia.

Bisogna dir subito che tale concetto - di cui, del resto, il Sokolowski non ha dato una dimostrazione dogmatica - non ha fondamento diretto o indiretto nelle fonti, ove i testi siano esaminati senza preconconcetto di tesi e senza dare ad essi quel rilievo che, in ogni caso, possono assumere solo nella legislazione giustinianea ²⁾.

La base delle opinioni suesposte è costituita dalla interpretazione che si dà alla regola '*quia non esses factururus nisi ego mandassem*'. La quale non è poi che la generalizzazione (appare in questa forma in D. 17, 1. 6. 5 ³⁾) della regola enunciata da Sabino per affermare la validità del *mandatum ut Tº. credas*. Il quale, per Sabino è valido '*quia non aliter credidisses quam si tibi mandatum esset*'. Una ragione che appare incolore e si presta ad essere interpretata nel modo più vario.

Dacchè nel diritto giustiniano il mandato di credito e la fideiussione sono ormai trattati alla medesima stregua come forme di garanzia personale, alla regola Sabiniana si diede questo valore, che, cioè, non solo il mandato di credito, ma anche il mandato *t. gratia* è valido quando

¹⁾ Cfr. pag. 154^a.

²⁾ Infatti Gaio nelle Istituzioni si limita a dichiarare '*supervacuum*' il *mandatum t. gratia*. Lo stesso testo delle *Res cottidianae* (D. 17, 1. 2) non permette una conclusione diversa. Nè il frammento ulpiano (D. 17, 1. 6. 5) ha il senso e la portata che gli sono state attribuite. Cfr. pag. 152.

³⁾ Cfr. a pag. 152.

senza l'incarico il mandatario non l'eseguirebbe, ma si induce a eseguirlo perchè il mandante promette espressamente la garanzia. A parte il riflesso che l'essere indotto a compiere l'atto oggetto del mandato dall'intervento del mandato stesso non implica necessariamente che al mandato si accompagni una garanzia e che solo tale garanzia (oltre e fuori gli elementi del mandato) induca all'esecuzione; se invece si tenga presente il testo delle Istituzioni di Gaio, la norma di Sabino acquista un valore più ristretto e diverso; ristretto al caso particolare del *mandatum pecuniae credendae*; diverso in quanto non parla di speciale garanzia e nè pure lascia presumerla. Nè la regola ha perduto la sua portata e il suo senso anche negli altri sporadici casi, in cui altri giuristi sembra che l'accettassero ed applicassero.

Che significa che il mandatario non avrebbe di per sè compiuto il negozio mandatogli? Significa che il negozio non è tale da non presentar rischio; e quindi, ancora, che l'avere soltanto il mandato determinato ad agire è il fatto esterno che dimostra come obiettivamente il negozio non sia tale da compiersi spontaneamente in quanto presenti un sicuro e certo vantaggio o almeno la esclusione di un rischio qualsiasi. Ciò esclude che in tali casi si abbia un *mandatum t. gratia*; si ha un *mandatum* che non è *t. gratia* e quindi valido. Il mandato all'erede di adire la eredità è valido; il mandato al legatario di accettare un legato non è valido, perchè la *hereditas* può esser 'damnosa', 'damnosum' per la natura giuridica sua non può mai essere il legato ¹⁾. Il pensiero dei giuristi che ebbe la prevalenza ²⁾ si può schematizzare così: ciascuno è arbitro di fare il proprio interesse, di compiere tutti quegli atti che egli crede di proprio vantaggio: non può obbligarsi - nè obbligare altri in conseguenza - a compiere l'interesse proprio perchè è assurdo che alcuno si obblighi a proprio favore: l'obbligo presuppone un soggetto attivo ed un soggetto passivo della obbligazione. È però vero che il *periculum* connesso alla natura obbiettiva - di fatto o risultante da circostanze di fatto o giuridica - dell'atto mandato, può portare ad escludere che il mandato si debba considerare *t. gratia* anche se l'atto stesso si presenti come *negotium* del mandatario ³⁾.

¹⁾ Cfr. pag. 147.

²⁾ Cfr. pag. 161 e segg.

³⁾ La nostra formula evita le deficienze delle usitate spiegazioni della regola

*
**

4. La esegesi dei pochi testi relativi alla materia suffraga le nostre affermazioni:

1) D. 17, 1. 32 Iulianus *l. III ad Urseium Ferozem* (Lenel, 919).

[a] Si hereditatem aliter aditurus non essem quam (si) ¹⁾ cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc (nomine) ¹⁾ mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo.

[b] Si quis autem mandaverit alicui ne legatum a se repellat longe [e]i (d) ¹⁾ dissimile esse, nam legatum adquisitum numquam illi damno esse potuit, hereditas interdum damnosa est.

. ²⁾.

[c] Praeterea vulgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati iudicio teneri procul dubio est.

di Sabino. La quale non si riferiva all'interpretazione della volontà, ch  anzi essa presuppone l'esistenza della volontà di obbligarsi del mandante.

N  meglio si   ricorso al principio dell'invalidit  del mandato per indeterminatezza (lo spunto   stato offerto dalla parafrasi teofilina III, 26. 6) della persona a cui dare a credito, affermando la validit  del mandatum ut credas quando sia designata la persona del debitore, ed a tale restringendo l'innovazione di Sabino; invero per ci  che attiene alla determinatezza degli elementi del mandato (oggetto o soggetti) essa   un necessario presupposto della validit  di ogni mandato (Cfr. gi , bene, SOKOLOWSKI, o. c., pagg. 53-54, FÖRSTER, o. c., pag. 90, nn. 1-2).

Il PEROZZI, *Istituz. di dritto romano* II, 245, ha, col solito acume, presentato i termini in cui andava posta la questione. Non mi sembra per altro che ammettendo, come regola normale di ogni mandato, che 'l'incarico deve costituire il motivo determinante il mandatario a compier l'atto nel senso che senza l'incarico questi non lo eseguirebbe' - a parte le osservazioni gi  fatte a pag. 142¹ e l'ulteriore riflesso che con la dottrina del Perozzi un mandato di gerire gli affari propri o di Tizio quando il mandatario avesse gi  in animo d'intraprendere o avesse gi  di per s  intrapreso la gestione dei negozi del mandante o di Tizio non dovrebbe essere un mandato - si possa giungere a fissare il senso esatto della legittimazione sabiniana.

¹⁾ Le correzioni segnate sono del BESELER, *Beitr ge zur Kritik der roem. Rechtsquellen* (Tübingen, 1911) II, pag. 7.

²⁾ Quanto segue 'et in summa-mandet'   opera dei compilatori, come sar  dimostrato in seguito. Il periodo finale del frammento 'Praeterea-dubium est'   pure dichiarato triboniano dal BESELER o. c., l. c. Non   dubbio, ad ogni modo, che i classici ritenessero valido il mandato all'erede di adire l'eredit  da parte dei creditori ereditari (m. mea gratia) Cfr. D. 44, 4. 4 pr.

Qui sono prospettate due ipotesi relative al mandato di adire una eredità (*a*, *c*), ed una relativa al mandato di accettare un legato (*b*).

Nel caso *c*) dubbio sulla consistenza del mandato non poteva sorgere, perchè esso è (anche) in *gratiam mandantis* (creditori ereditari). Dubbio appariva se il mandato consistesse nel caso *a*, in cui mandatario è l'erede. Giuliano decide che il mandato consiste, e la ragione è la solita, che, cioè, senza il mandato l'erede non avrebbe adito la eredità. Il mandato di accettare un legato (caso *b*) è, invece, dallo stesso Giuliano dichiarato inconsistente. Chè tale è senza dubbio il senso di 'longe [e](id) dissimile esse' per contrapposto alla dichiarata validità, nel caso precedente, del mandato ¹⁾.

La ragione del diverso trattamento è questa: che la accettazione della eredità è atto che può esser dannoso all'erede, per la sua stessa condizione o posizione di erede tenuto a rispondere del passivo ereditario, anche se superi l'attivo; mentre l'accettazione di un legato è atto del quale, per la natura giuridica del legato, il legatario non può risentire danno ²⁾. Nel secondo caso *b*) si ha un *mandatum t. gratia*

¹⁾ Cfr. pag. 149.

²⁾ Infatti l'onere, di cui sia eventualmente gravato il legatario, non può superare l'attribuzione a suo favore (D. 30, 114 § 3; 78; 96 § 2; 32, 3. 1; Gai. II, 261)

Dalla glossa in poi è solito richiamare in antinomia col principio enunciato dal presente frammento: 'legatum adquisitum... numquam damno esse potuit', il fr. 70 § 1 in fine D. 31. Ma questo frammento di Papiniano, sotto il rispetto storico, non ha ragione di essere richiamato nella decisione giuliana; sotto il rispetto dommatico, l'illazione trattane da alcuni, che l'onere può essere tenuto a prestare più di quanto gli sia attribuito è errata (Cfr. per tutti, FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi* (Milano, 1899) pagg. 106-108). Il legatario rogato di restituire una cosa propria di valore maggiore alla somma o cosa legatagli, con la consegna di essa dimostra implicitamente di ritenersi soddisfatto di quanto ha ricevuto; o è da presumersi ch'egli abbia dato alla cosa il valore del legato (così già FABER, *Rationalia h. l.*).

Anche in questo caso, dunque, il mandato di accettare il legato non potrebbe consistere perchè tua gratia. Nè è lecito, nel silenzio delle fonti e argomentando da due passi diversi d'autore e di tempo - di cui uno (31, 70 § 1) è sospetto (FERRINI, l. c.) - affermare una eccezione al chiaro disposto di D. 17, 1. 32.

Lo STAMMLER, o. c., pag. 65¹⁴¹ osserva: 'Es liesse sich aber noch ausserdem denken dass Jemand aus irgend welchem thatsächlichen Interesse daran, dass der Legatar das Vermächtniss auch wirklich erhalte, die Garantie übernimmt, dass dasselbe hierbei einen Gewinn in bestimmten Höhe auch wirklich machen werde, und dies im römischen Recht man that durch Ertheilung eines Mandats'. L'affermazione dello Stammler non ha alcuna base testuale; ed invero bisogna distinguere. Se il mandante abbia un interesse proprio all'accettazione del legato

invalido, diversamente dal primo (a), che è valido e non è in gratiam mandatarii. Questa è la sola conclusione che scaturisce dalle parole e dall'andamento logico del frammento.

È, dunque, almeno, arbitrario il vedere nel caso a) un mandato t. gratia valido perchè il mandante con esso intende prestare speciale garanzia relativamente all'adizione dell'eredità. Certo ciò non legittima il richiamo alla cautio, perchè il giurista non ad altro intende che a porre la fattispecie: se l'erede non è disposto a adire l'eredità se non intervenga una cautio, e se invece d'una cautio intervenga un mandato, quid della validità di codesto mandato? La questione, quindi, riguarda soltanto la validità di tale mandato, ch'è dichiarata senza ricorrere a ulteriore qualifica dell'animus che abbia il mandante di garantire.

Del resto, in una fattispecie consimile (D. 16, 1. 19 §§ 1-2 ¹⁾) Africano, riportando l'opinione giulianea, decide che il mandato all'erede, da parte di una donna, di adire l'eredità non costituisce intercessione, onde non è opponibile l'exceptio S. Velleiani. La obbligazione della donna deriva, dunque, dall'essere essa mandante e non dall'assumere essa un'obbligazione altrui nella forma del mandato.

La dottrina comune, per la quale il mandato all'erede di adire la eredità è tua gratia e nondimeno valido per la promessa della garanzia, non sa dar ragione del trattamento diverso che Giuliano fa del mandato al legatario di accettare un legato. E non sa, perchè, in realtà, non può. Invero negotium del mandatario si ha in entrambi i casi, e pure, presupposta la volontà seria di obbligarsi in entrambi i contraenti e presupposta ancora, se si vuole, la promessa del rischio anche per il secondo mandato, questo resta invalido ed è valido il primo!

Lo Stammler ²⁾ ha tentato di superare, di sfuggita, la difficoltà, ma è evidente che il tentativo non è riuscito. Egli vede la inconsistency del mandato al legatario di accettare un legato, in ciò che l'azione sarebbe senza contenuto, e cita D. 17, 1. 8 § 6 e l. 16. Orbene,

da parte del legatario, il mandato consiste perchè 'mea et tua gratia', e non sarà necessario che il mandante garantisca al legatario un certo guadagno. Se invece il mandante non ha un interesse proprio a ciò che il legatario acquisti il legato, il mandato è inconsistente perchè 'tua gratia' anche se intervenga particolare garanzia del mandante.

¹⁾ Su questi testi vedi più oltre.

²⁾ O. c., pag. 70, nn. 151-152.

questi due testi si riferiscono alla non esperibilità dell'a. mandati directa quando manchi un interesse del mandante all'esecuzione. È ovvio che, o un interesse del mandante all'esecuzione si presuppone in entrambe le ipotesi, ed entrambi i mandati dovrebbero essere dichiarati validi (il che è escluso dalla nostra legge) o si ammette, prescindendo da un interesse del mandante all'esecuzione, che entrambi i mandati possano esser validi intervenendo particolare garanzia, e allora non si spiega il diverso trattamento.

Concludendo, nel caso *a*) (mandato all'erede di adire una eredità) non si ha un *mandatum t. gratia* perchè il negozio per la sua stessa natura è tale che il mandatario, dalla sola considerazione del vantaggio e rischio che presenta, non è indotto a compierlo spontaneamente; mentre nel caso *b*) (mandato al legatario di accettare un legato) il negozio per la sua stessa struttura è tale che il mandatario è indotto a compierlo spontaneamente, per la mancanza di qualsiasi rischio.

2). D. XVI, 3. 1. 14 Ulpianus *l. XXX. ad edictum* (Lenel, 890).

Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. Et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris quia rem meam gessi. Sed si mandasti mihi ut periculo tuo apud eum deponam cur non sit mandati actio non video. Plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum. *etc.*

La fattispecie è la seguente: A vuole deporre una sua cosa presso B; questi dà iussus di deporre presso il proprio liberto C. A avrà l'a. depositi contro B? Pomponio distinse: se B ha fatto deporre a proprio nome, sarà tenuto; se ha consegnato il deposito presso il liberto non sarà tenuto e l'azione di deposito si dirigerà contro il liberto; azione di mandato (c.) di A contro B non sorge perchè A '*rem suam gessit*'. Ulpiano, invece, ammette che qualora sia intervenuto mandato di B ad A di deporre presso C, B possa essere convenuto con l'a. mandati contraria.

Nel testo bisogna, quindi, distinguere due parti; una prima in cui Ulpiano riferisce le vedute di Pomponio, una seconda che dà il parere suo proprio. Egli accetta l'opinione di Pomponio per la ipotesi del deposito autorizzato (a nome di B) e non per quella di mandato. Chè invero Pomponio intese di negare la consistenza di un mandato di tal contenuto (nec-gessi). Data questa divergenza di opinioni, è erroneo, come invece avviene, e attribuire a Pomponio le idee di Ulpiano, e ancora attribuire a Ulpiano (o a Pomponio ed Ulpiano), e per la stessa fattispecie, la contrapposizione del *consilium non obligatorio* e del *mandatum* (in rem mandatarii) valido per la esplicita promessa del *periculum*. Ulpiano annota criticamente l'opinione difforme dalla sua.

Tale, a mio avviso, dovrebbe essere la esegesi del frammento.

Se non che già il Perozzi¹⁾ ebbe a dubitare della genuinità di esso. E, ad esaminarlo attentamente, ragioni formali e sostanziali per far ritenere probabile l'alterazione non mancano. La chiosa 'hoc est custodituro' ha carattere insiticio, nella proposizione 'nec mandati teneris...' la costruzione cambia dal modo indiretto al diretto, sì che il Krüger (D. h. l.) propone di leggere 'tecum nullam esse actionem, cum illo depositi, nec mandati te teneri'. Si osservi ancora che Ulpiano tronca la relazione delle opinioni di Pomponio e di Labeone (il quale non prospettava l'ipotesi di mandato, ma si limitava a quella di fideiussione a favore del depositario), per enunciare una sua personale dottrina, senza nè manco ricorrere all'argomento di Sabino, al quale pure si richiamò Giuliano in un caso simile (17, 1. 32) e si richiama Ulpiano stesso (17, 1. 6. 5). Tale silenzio si spiegherebbe solo ammettendo che l'argomento di Sabino fosse ormai applicato ad ogni mandato con mero negozio del mandatario; ed invece sappiamo dallo stesso nostro frammento che Pomponio non l'accettava e non l'applicava, nella fattispecie.

E ancora meraviglia che Pomponio per negare la validità di un

¹⁾ *Istituzioni di diritto romano* II, 246, n. 1. 'è meno da fidarsi di l. 1 § 14 D. 16, 3, dove l'inciso 'sed si mandasti... non video' può non essere genuino'.

Chi non ammetta l'alterazione dovrà immaginare o che Ulpiano ritenesse valido il mandato perchè il depositare presso quel tale liberto di B presentasse pericolo per il depositante (onde questi voleva appunto depositare, non presso il liberto, ma presso lo stesso B); oppure dovrebbe architettare un assai problematico interesse del mandante di liberarsi dell'eventuale responsabilità di depositario.

mandato di quel contenuto, ricorresse alla formulazione 'si suaseris mihi... mandati non teneris quia rem meam gessi', mentre, certo, si limitava a negare l'azione di mandato contraria.

Si che sono i bizantini i quali ci dicono che chi consiglia al proprietario di una cosa di depositarla non si obbliga, e chi ne dà mandato si obbliga; mentre la questione avea ragion di vertere su questo, se cioè il deposito di cosa del mandatario potesse, nell'ipotesi prospettata, essere oggetto di un mandato. E sono ancora i bizantini che danno, per tal modo, vernice di classicità, al *mandatum t. gratia* valido, ricorrendo alla mera volontà di obbligarsi.

3). D. XVII, 1. 6. Ulpianus *l. XXXI ad edictum* (Lenel 907).

§ 4. Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

§ 5. Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: aut si non esses factururus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit tamen erit mandati actio.

La seconda parte del § 5: 'aut si non... actio' è stata generalmente riferita al *mandatum t. gratia*. Ma non vedo come necessariamente al *mand. t. gratia* si riferisca. Ulpiano nel § 5: 1°) nega che il *mandatum t. gratia* sia valido; 2°) ammette la validità del mandato tua et mea gratia; 3°) ammette la validità del mandato quando l'atto o il fatto oggetto di esso non sia tale che il mandatario l'avrebbe spontaneamente compiuto. Nella seconda parte del § 5 Ulpiano parla del mandato in cui non c'è interesse del mandante (etsi mea non interfuit), non di quello in cui c'è solo interesse del mandatario (t. gr.). Che anzi l'aver dichiarato la validità del mandato 'quod mea non interest' nel § 4 precedente, richiedeva la giustificazione per cui tale mandato è valido.

Certo la sistemazione che Ulpiano dà dei mandati è, nella forma, diversa da quella gaiana, sì delle Istituzioni (III, 155 'mea, tua, aliena gratia), sì delle *Res cottidianae* (D. 17, 1. 2 'mea, mea tua, mea aliena, tua, tua aliena, aliena), e precisamente: mandati quod mea interest (comprendenti quindi le prime tre forme della seconda partizione

gaiana), quod mea non interest (comprendenti le due ultime forme della seconda partizione gaiana), quod tua interest.

Si gravi conseguenze gli interpreti trassero dal riferimento del § 5 al *mandatum t. gratia* e al *consilium* che, data l'incongruenza delle deduzioni coi principi ammessi dai classici, si è appuntata la seconda parte del § 5 (aut - actio) d'interpolazione. Il Girard ¹⁾ per primo la ritenne, osservando che Ulpiano, a questo punto del suo commento all'Editto, trattava dell'a. mandati *directa*, non della *contraria*, alla quale si riferirebbe il periodo *aut - actio*.

Benchè il motivo addotto dal Girard sia parso dubbio ²⁾, e benchè, accettando la interpretazione proposta, il frammento non contrasti con i principi dei classici, io credo però assai verosimile che i Giustinianeî abbiano alterato il testo di Ulpiano; perchè la regola sabiniana (essendo indimostrato che fosse dettata per dichiarar valido il *mandatum tua gratia*, chè anzi sorse a proposito del mandato di prestar denaro a Tizio che Gaio novera tra i mandati *tua et aliena* o *aliena gratia* ³⁾), appare sì cautamente applicata che male con ciò si comporta la generalizzazione ulpiana. Ove si tenga presente che Ulpiano non fu

¹⁾ *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 582. Conforme PEROZZI, o. c., II, pag. 216, n. 1.

²⁾ Contro l'ipotesi del Girard si è dichiarato il MANCALEONI, o. c., pag. 376; il SEGRÈ, o. c., pag. 230 (estr. 70) n. 133, ha creduto di toglier valore alla ragione addotta dal Girard osservando che l'espressione 'mandati actio' trovasi pure usata per dichiarare che il mandato è valido (es. D. 17, 1. 1. 2; 19; 3 § 1; 22 § 4; 34 § 1). Il Segrè ammette però probabile l'intervento dei compilatori, alternativamente con l'ipotesi che Ulpiano scrivesse 'etiamsi non esses facturus' con che sembra di ritenere che Ulpiano volesse rimuovere il dubbio su la validità del *mandatum t. gratia*. Non credo codesta alternativa ammissibile, perchè penso che i classici non ammisero mandati *t. gratia* validi.

Il Segrè giunge a dichiarar valido anche il mandato generico *ut pecunias tuas faeneres* (o. c., pag. 230, estr. 70). Secondo quanto s'è detto nel testo, tale *mandatum generico* è tua *gratia* ed invalido, perchè il prestare il proprio denaro, con le cautele di una persona avveduta, non presenta alcun rischio per il mandatario; ed il prestare a Tizio, quando il mandatario non gli concederebbe il credito, significa appunto che v'è *periculum*. È la stessa ragione che risulta da D. 17, 1. 12. 13 'hoc amplius dico, si cum dubitarem, utrum contra senatus consultum acciperet an non (sc. filiusfamilias), nec essem daturus contra senatus consultum accipienti, intercesserit qui diceret non accipere contra senatusconsultum, et 'periculo meo crede', dicat, 'bene credis', arbitror locum esse mandato et mandati eum teneri. Interpolato 'et - credis'? perchè duplicato di 'qui diceret - senatusconsultum'.

³⁾ D. 17, 1. 2. 4-5 e Ist. III. 26, 5.

certo un giurista di vedute originali, e che i bizantini rimaneggiarono pure il precedente paragrafo ¹⁾, appare probabile che esso la riferisse al caso per cui era sorta.

Il risultato dell'esame esegetico è:

I. Che al diritto romano è ignota la figura del mandato di garanzia (*Garantiemandat*) nel senso che sia valido il mandato in casi in cui tale non sarebbe secondo i suoi elementi, e più precisamente nel senso che siasi rivestita della forma del mandato una promessa di garanzia, dando a quel contratto un contenuto ad esso improprio.

Evidentemente cosa diversa è che il mandato per la sua struttura fosse atto in certe sue forme a produrre l'effetto economico di una garanzia. Ciò invero dipende dal fatto stesso che, valido il mandato, sorge la obbligazione del mandante ed essa si aggiunge, eventualmente, a quella del terzo ²⁾.

¹⁾ Cfr. pag. 166. Ove si ammetta che nel § 4 sia addirittura insiticio 'vel credas', la trattazione di Ulpiano, per ciò che ci interessa, avrebbe proceduto in modo simile a quella di Gaio nelle Istituzioni.

²⁾ È quindi arbitraria l'opinione del SOKOLOWSKI, o. c., pag. 6, che 'ohne den Hinzutritt eines äusseren verpflichtenden Moments ist das mandatum aliena tantum gratia ganz ebenso wenig im Stande eine Haftung zu erzeugen, wie das mandatum tua tantum gratia'. E cita la l. 12 § 12 D. 17, 1. - Ma la commendatio non altro è se non un mandato aliena gratia invalido perchè manca l'intenzione di obbligarsi e di obbligare. E nella fattispecie della l. 12 citata si ha una commendatio perchè l'epistula 'commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est', non perchè chi scrive non ha voluto assumere il periculum. Se essa fosse stata del seguente tenore 'rogo te commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum et quid voles cum eo gere fide et periculo meo' si sarebbe avuto un mandato tertii gratia e non una commendatio valida per l'espressa assunzione del periculum.

La dottrina suole appaiare l'invalidità della commendatio e del mandatum t. gratia facendo risalire la ragione della nullità alla mancanza di volontà di obbligarsi, e, ove questa esista, salva l'una e l'altro. Ma la commendatio non è un mandato solo ed in quanto non c'è volontà di mandare in favore del terzo; mentre la inconsistenza del mandatum t. gratia è obbiettiva: un mandatum t. gratia con volontà seria di obbligarsi resta inconsistente.

D'altra parte l'espressione 'periculo meo' ha natura puramente cautelare; da essa non trae consistenza il mandato. Ciò hanno, già, bene osservato l'EISELE in *Archiv für die civ. Praxis* 84, pag. 323 e il GEIB, o. c., pagg. 168-169. Nè s'incontra sempre: manca in D. 16, 1. 19. 1-2; 17, 1. 32; 50. 5; 12 § 11.

La volontà di assumere il rischio non deve, quindi, in ogni modo, intendersi una volontà specifica di garantire, ma la volontà ch'è nel mandato normale di rispondere delle conseguenze eventualmente dannose (rischio) che il mandatario abbia a risentire dall'esecuzione del mandato.

II. Che i Romani, nei casi presi in esame, non ravvisarono figure di mandati tua gratia, ma figure di mandati 'quod mea non interest'.

Al proposito non pare privo d'ogni interesse il seguente rilievo.

S'è veduto come Pomponio ritenesse inconsistente il mandato al depositante di depositare la cosa sua, perchè il mandato ha per contenuto un negotium del mandatario (quia rem meam gessi); ciò significa che per Pomponio, quando oggetto del mandato sia un negotium proprium del mandatario, si ha un mandatum tua gratia ¹⁾. Nello stesso ordine di idee era stato Servio e fu Celso, quando, entrambi, negarono la giuridica consistenza del mandatum ut Titio credas (cfr. Gai. III, 156; D. 17, 1. 48. 2 e pag. 167). A considerare che Sabino, in contraddizione con Servio (Gai. III, 156) ammise che il mandatum pecuniae credendae fosse valido e che la sua dottrina ebbe il sopravvento; e che Giuliano affermò, rifacendosi al principio di Sabino, la validità del mandato all'erede di adire l'eredità (D. 17, 1. 32) e al coerede di vendere al mandante il fondo ereditario anche per la sua quota (D. 17, 1. 22. 4) - casi di mandato con negotium del mandatario, - non sembra senza base l'ipotesi che si delineasse, pur qui, una divergenza di opinioni di scuola. Gli uni ²⁾ avrebbero ritenuto - ove non concorresse un interesse del mandante - che l'appartenenza del negozio oggetto del mandato alla sfera patrimoniale del mandatario rendesse il mandatum tua gratia; gli altri (Sabiniani) avrebbero seguito un concetto diverso ³⁾; e cioè che l'appartenere il negotium alla sfera patrimoniale del mandatario non fosse sufficiente a rendere tua gratia il mandato, ma che mandatum tua gratia non si avesse quando l'atto oggetto del mandato fosse di sua natura tale che il mandatario avrebbe potuto

¹⁾ Per il KRÜGER, *Kritisch. Vierteljahresschrift* N. F. XV (1892) pag. 536, anche Labeone negò indirettamente la validità di un simile mandato, poichè si limita a porre e risolvere l'ipotesi della fideiussione.

²⁾ Non fa difficoltà alcuna l'essere Pomponio noverato ancora dai più tra i Sabiniani. Poichè l'appartenenza di lui a questa scuola è oltremodo dubbia. Cfr., per tutti, SCIALOJA in *Bullettino dell'Ist. di dir. romano* XIV (1901) pagine 18-22.

³⁾ Cfr. D. 17, 1. 22. 4, PAULUS, *l. XXXII ad edictum*; IULIANUS, scripsit mandati obligationem consistere etiam in rem eius qui mandatum suscipit ex eo maxime probari... Il principio opposto in Celso (Proculeiano): D. 17, 1. 48. 2: Cum mando ut tibi negotium geras... iam extra mandati formam est.

risentir danno dalla sua esecuzione e quindi non compierlo spontaneamente.

Onde non si deve a Sabino e a Giuliano, come a qualche scrittore è parso¹⁾, il riconoscimento della validità del *mandatum tua gratia*; ma una diversa fissazione del principio atto a determinare se un mandato si debba considerare *tua gratia*. Principio assai più elastico, che permise di dichiarare non *tua gratia* e quindi valide, forme di mandato che con il concetto del *negotium proprium* del mandatario dovevano *t. gratia* considerarsi.

Capitolo II.

5. Il mandato *ut Titio credas* e la controversia tra Servio e Sabino. Dal testo delle Istituzioni di Gaio non si arguisce che Sabino (e Gaio) dichiarassero *tua gratia* tale mandato.
6. Donde ha tratto verosimilmente origine codesta opinione. D. 17, l. 48. 2 e D. 17, l. 6. 4. Celso ritenne, come Servio, il *mandatum ut T°. credas* un *mandatum tua gratia* dichiarandone la invalidità. Il fr. 6 § 4 D. 17, l. 1 è stato rimaneggiato dai compilatori.
7. Il mandato di credito può logicamente rientrare nella categoria dei mandati 'aliena gratia'. D. 17, l. 2. 5. Si nega l'alterazione di questo testo in quanto affermi che il *mandatum ut T°. credas* è aliena gratia.
8. Il regolamento classico del mandato di credito.

5. Gaio nel testo che più sopra abbiamo riportato (Inst. III, 155-156, cfr. pag. 133) dà notizia della controversia dibattutasi tra i giureconsulti a proposito della validità del *mandatum ut Titio pecuniam faeneres* o *credas*.

Per avere un'idea chiara di come essa fu posta e risolta è utile tener presente il modo con il quale Gaio la richiama nella materia del mandato.

Dopo aver detto che '*mandatum consistit sive nostra gratia mandemus sive aliena...*' e che (156) '*... si tua gratia tibi mandem super vacuum est mandatum...*' prosegue: '*et adeo haec ita sunt ut quaeratur an mandati teneatur qui mandavit tibi ut Titio pecuniam fenerares. Servius negavit: non magis*

¹⁾ Cfr. a es. MANCALEONI, o. c., pag. 378; SEGRÈ, o. c., l. c.; FÖRSTER, o. c., pag. 88 e segg.

hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur uti pecuniam suam feneraret. (Sed) sequimur Sabini sententiam contra sententis, quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset'.

È da rilevare quanto segue:

1°) che tre ipotesi sono possibili: A dà mandato a B di prestare una somma di denaro suo; A dà mandato a B di prestare a C una somma del suo denaro (ma per conto di esso mandante); A dà mandato a B di prestare a C una somma del suo denaro in proprio nome e per proprio conto e di divenirne creditore.

È evidente che i primi due casi non dovevano presentare difficoltà; onde è da escludersi che la controversia tra Servio e Sabino si restringesse a questi casi o si limitasse al secondo ¹⁾. Essa si svolse relativamente al terzo caso e con particolare riferimento ad esso.

¹⁾ L'errore di assumere come 'normale', per il mandato di credito, il caso di mandato di prestar denaro per conto del mandante (Cfr. GIRTANNER, o. c., pag. 541; THÖL, *Handelsrecht* (1876) § 302, pag. 422) fu già rilevato dal HAUSER (*Centralorgan f. d. deutsche Handels- u. Wechselrecht* di Löhr N. F. IV (1868) pag. 335 segg.) e dall' ENDEMANN (*Der Kredit als Gegenstand von Rechtsgeschäften in Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht* di Goldschmidt IV (1861) pag. 222) e dal FÖRSTER, o. c., pag. 46 n. 2.

L'affermazione fatta nel testo sul contenuto della controversia tra Servio e Sabino risulta confermata considerando che mentre Gaio lascia intendere che la questione sulla validità del mandato di credito non era pacificamente risolta, la giurisprudenza invece aveva già superato le difficoltà relative alla prima e alla seconda ipotesi (cfr. per la 2° ipotesi Celso in D. 17, 1. 48. 1). Tant'è che per esse appare anche ammessa la rappresentanza (diretta) (qualora il mandatario contragga in nome del suo mandante). Cfr. Aristone in D. 12, 1. 9. 8 (12, 1. 15; 45, 1. 126. 2; 39, 5. 35. 2; 17, 1. 34. pr.; 17, 1. 10. 4.). Su questo punto cfr. BRINZ, *Lehrbuch d. Pandekten* II § 296, n. 11, pag. 476 e IV § 580, pag. 358; PERNICE, *Labeo* 3, pag. 222 e n. 4; GIRARD, *Manuel* 511 n. 15; MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* I pag. 226 e n. 79.

Quest'ultimo autore nota come singolare che il mutuo si stringa col rappresentato anche quando il rappresentante dia il denaro del proprio o senza mandato del dominus. E, per vero, l'ammissione della rappresentanza nel caso in cui non si abbia né consenso né dazione dei nummi da parte di colui al quale il rappresentante, mutuando del suo la somma al terzo, acquista la c. ex mutuo, appare discutibile.

Il testo che si riferisce a questa ipotesi è l'ormai famoso, D. 12, 1. 9. 8: (Ulp. l. XXVI *ad edict.*) Si nummos meos tuo nomine dederō velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi conditionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam, nec dubitari

2°) che al tempo di Gaio (o prossimo) la controversia non era ancora pacificamente risolta nel senso della validità del *mandatum pecuniae credendae* ('et adeo haec ita sunt ut quaeratur. Sed sequimur Sabini sententiam'). Al corrispondente luogo

quin si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederò, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuum ab alio poscamus ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

Due ipotesi si sono avanzate: il testo è alterato nella prima parte, sì che dovesse leggersi: si nummos meos tuo nomine dederò voluntate tua sed absente te et ignorante ecc. proposta dal BRINZ, *Krit. Blätter*, n. 2, pagg. 26 e 31 (cfr. pure *Lehrbuch*, l. c.) e accettata anche dagli editori del Digesto milanese, e dal GIRARD (alternativamente con la proposta di sopprimere 'absente vel ignorante'); il testo è alterato nella seconda parte da 'quin' in poi (PERNICE, *Labeo*, l. c. e conformi: FERRINI, *Pandette*⁸ pag. 668, n. 1 e KRÜGER, nella ediz. dei Digesti del Mommsen, h. l., ma, contro BONFANTE, *Istituzioni*⁵, pag. 443²); il Pernice ritenne che 'die Juristen in diesen Fällen nicht einen Darlehensvertrag entstehen lassen, sondern immer nur eine Klage oder eine 'Verbindlichkeit' (pag. 223). Onde i giuristi avrebbero respinto la rappresentanza nel mutuo; la quale, invece, risulta da altri testi non sospettati dallo stesso Pernice (es. D. 45, l. 126. 2).

Che per certe ipotesi essi l'ammettessero par fuori d'ogni dubbio: resterebbe solo a vedersi se i Bizantini intesero applicarla ad altre ipotesi o farne un principio che, nel mutuo, avesse applicazione piena. La quale indagine non è qui luogo di compiere.

Ciò che impressiona nel § 8 della l. 9 non è tanto l'antinomia tra la soluzione e la premessa (così, a es., il GIRARD, l. c.), perchè Giuliano, accettata l'opinione di Aristone per il primo caso dubbio, seguirebbe esponendo il caso di cui non era dubbia la soluzione, quanto il riflesso fatto valere dal Brinz che Aristone prescinderebbe da un elemento pur essenziale nel contratto di mutuo, cioè la volontà del rappresentato di mutuare (ohne unsere Conjectur - voluntate tua sed - kommt man zu dem Satze dass wir ohne unser Geld und ohne unsern Willen Darlehensgläubiger werden können. Wie lässt sich dieser Satz aber mit dem Bewusstseinsmomente des credere vereinigen? Cfr. D. 12, l. 32).

Il Pernice ha impugnato la correzione proposta dal Brinz dichiarandola 'sachlich und diplomatisch ganz unzulässig' poichè Stefano (Sch. 19 Bas. 23, l. 9 HEIMBACH II, 600) contraddistingue l'opinione di Giuliano in confronto di quella di Aristone (σημειώσαι ὅτι γενικὸν τοῦ Ἀρίστωνος Ἰουλιανὸς ὑποδιαστίττει βουλὸν τὰτε εἰπὼν).

Io penso piuttosto che Aristone negasse il mutuo, e che si debba all'opera dei Giustiniani il cambiamento dell'originario 'negat' in 'scribit'. Giuliano accettava la negativa di Aristone e continuava esponendo le fattispecie in cui era ammissibile l'acquisto dell'azione al rappresentato.

Anche nel fr. 126. l D. 45. l (PAULUS. l. III quaest.) è forse addietizio, almeno quanto è qui segnato tra parentesi: plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret [vel suam vel] nostram, ut nobis solveretur obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur. Il generalissimo tenore di questo passo contrasta stranamente con l'affermazione del contemporaneo Ulpiano in D. 12, l. 15 'singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam'.

delle Istituzioni giustiniane la notizia delle antiche dispute non ha più che un valore storico (III, 26. 6: 'et adeo haec ita sunt ut quaesitum sit. Sed optinuit Sabini sententia').

3^o) che per determinare il senso della legittimazione sabiniana 'quia non aliter credidisses quam si tibi mandatum esset', non solo è da tener presente - ciò ch'è indubbio ed anche incontroverso da Teofilo (III, 26. 6) in poi ¹⁾ - che Servio negava la validità del mandato di prestar denaro a Tizio perchè lo considerava un *mandatum tua gratia*; ma, ancora - e ciò nessuno ha avvertito ed avverte - che Sabino per dichiararlo valido dovette negare ciò che Servio affermava, cioè che si trattasse di un *mandatum tua gratia*. Questa ipotesi acquista valore di certezza ove si consideri che non il più lieve accenno nel passo di Gaio, o altrove, induce a pensare che Sabino ritenesse con Servio il mandato di credito un *mandatum tua gratia*, divergendo da Servio solo nell'affermarne la validità ²⁾. Sarebbe certo rendersi colpevoli di un pernicioso impressionismo esegetico il dedurlo dal solo fatto che Gaio imprende a discorrere del *mandatum ut Titio credas* dopo di avere genericamente affermato la invalidità del *mandatum tua gratia* ³⁾.

¹⁾ Cfr. per tutti FÖRSTER, o. c., pagg. 89-92.

²⁾ Il 'contra sentire' di Sabino lo dimostra chiaramente. Servio affermando 'non magis... obligationem consistere quam si generaliter alicui mandetur-foeneraret' richiama indubbiamente il *mandatum t. gratia* (cfr. infatti Gaio stesso nel periodo che precede 'itaque si-actionem'; ed anche a codesto si riferisce il 'contra sentire' di Sabino). Che la disputa sia sorta a proposito del *mandatum t. gratia* e che Gaio abbia trovato conveniente di riassumerla dopo aver detto del *mandatum t. gratia* (e legittimamente perchè una delle due dottrine costruiva precisamente il *mand. pec. credendae* come un *mand. t. gratia*) non include che entrambe le dottrine - di Servio e di Sabino - fosser d'accordo nella affermazione che il mandato di credito fosse *t. gratia* e tanto meno che Gaio lo dichiarasse tale. Anzi lo esclude il fatto stesso della disputa in proposito. Che Gaio presenti come oggetto di essa l'a. *mand. contraria* non può essere argomento per la tesi qui avversata, perchè la concessione o meno dell'a. *mandati contraria* si riannoda e compenetra all'esistenza o meno di un valido mandato (ed infatti Servio negava quella e negava questo).

³⁾ In tal senso gran parte della dottrina. Cfr. FÖRSTER, o. c., pag. 100: 'kennt ausser Sabinus und Gaius auch Celsus den Kreditauftrag nur als *mandatum t. gratia* cfr. pag. 96; v. THUR, o. c., pag. 65⁹⁷. Così pure il PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio* I, pag. 62, n.

Con quanto poca cautela critica e logica si sia proceduto, è dimostrato da ciò che dopo aver senz'altro desunto (dalla posizione in cui appar riferita la disputa in Gaio) che anche Sabino e Gaio costruivano il *mand. di credito* come un

Quindi la regola 'quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset' deve avere un senso atto a negare che il mandatum pecuniae credendae sia un mandatum tua gratia. E tale senso è quello che più sopra abbiamo cercato di fissare.

Questi sono i termini nei quali fu posta e agitata la controversia. Onde: a) Sabino non ha accettato il punto di vista serviano che il mandatum pecuniae credendae sia tua gratia, ammettendone la validità per la specifica promessa del rischio, e in conseguenza b) non è vero che il momento giuridicamente rilevante non è il mandato (nullo perchè t. gratia), ma la promessa annessavi, e che 'quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset' ha questo senso: 'tu non avresti dato a mutuo la somma a Tizio se non ti fosse stato promesso di tenerti indenne' ¹⁾. Tutto ciò non è vero perchè - a prescindere dal senso forzato ed arbitrario che dovrebbe darsi a 'mandare' - se veramente Sabino avesse negato la validità del mandato di credito perchè t. gratia e avesse concesso le azioni, aequitate motus, le azioni stesse apparirebbero, almeno, date utiliter; e ciò

mand. t. gratia, si è fatto di ciò argomento sufficiente per ritenere alterato il fr. 2 § 5 D. 17. 1 (cfr. pag. 181) e per negare qualsiasi funzione dell'a. directa nel mandato di credito (cfr. PARTSCH, o. c., l. c.).

¹⁾ Cfr. FÖRSTER, o. c., pag. 91 e segg. 'Du hättest den Kredit nicht gewährt, wenn dir nicht Schadloshaltung versprochen worden wäre', sagt Sabinus; positiv will er sagen: der Krmt. muss haften, weil er die Gefahr des Schadens ausdrücklich uebernommen hat. Freilich die Verbindungskraft dieses Versprechens als solchen kann Sabinus nicht offen als Grund für die Haftung des Krmt. anführen, weil formlose pacta im römischen Rechte nicht gültig sind. Er kleidet deshalb sein Argument in jene merkwürdige, bedingende Form ein... vom 'Mandiren' redet er, aber das Versprechen der Schadloshaltung meint er' (pag. 94) - Wir wissen nun, was Sabinus auf jene Argumentation der Gegner erwidert haben wird, nämlich: Ganz recht, beim KrA. liegt ein mandatum t. gr. vor, aber dasselbe ist nicht supervacuum, da das Schadloshaltungsversprechen vorhanden ist'... (pag. 95). Nello stesso senso, sulla falsariga del FÖRSTER, C. KÖSTLICH, o. c., pagg. 4, 21 e segg.

Quindi Sabino dovrebbe farsi responsabile di un procedimento logico del tenore seguente: ove ad un patto che non produce azione (promessa aformale di garanzia), vada aggiunto un mandato invalido perchè t. gratia e come tale nè pur esso producente azione (mandatum ut Titio credas), sorge la normale azione di mandato contraria!

È quindi anche da respingersi l'indimostrata affermazione del v. THUR, o. c., pag. 20^a, che: 'Die Sabinianer benutzen die a. mandati contraria für die Klagbar-machung eines formlosen Garantieverprechens'.

non è. Se il momento obbligatorio fosse stato asserito nella promessa di garanzia, relativamente al danno, tale danno non potrebbe determinarsi se non al momento in cui il creditore lo risentisse per il mancato pagamento da parte del debitore; mentre è incontroverso - appunto perchè consono alle norme proprie del mandato - che il mandatario creditore può intentare l'azione contro il mandante prima di escutere il terzo debitore.

Che il mandato di credito non sia tua gratia è, d'altronde, attestato da un esplicito passo delle fonti (D. 17, 1. 2 § 4-5, cfr. pag. 133¹), ma sì come qualche scrittore ¹⁾ v'ha scorto la mano dei giustinianeî, pare qui opportuno prescindere come argomento diretto ²⁾. Piuttosto è da vedere donde nella dottrina più recente - per non aver essa proceduto con sufficiente cautela e con metodo esegetico e critico corretto - siasi radicato il preconcezzo che la giurisprudenza romana abbia unanimemente ritenuto essere il mandato di credito un *mandatum t. gratia* ³⁾.

*
* *

6. Tale preconcezzo, a mio vedere, trae origine da un frammento tolto al 7° libro dei Digesti di Celso - l. 48. § 2. D. 17, 1. - interpretato a traverso la legge 6. § 4. D. 17, 1. Si vide in queste leggi riassunta la dottrina romana dell'istituto che ci occupa ⁴⁾, e, tenendosi per fermo che dopo Sabino la giurisprudenza si fosse pacificamente pronunciata per la validità, si accostarono le notizie di Gaio alla interpretazione di quei frammenti. Ma Gaio lascia indubbiamente comprendere che pure ai suoi tempi la questione era ancora aperta; e, quanto al me-

¹⁾ V. THUR, o. c., pag. 104¹⁹ ma senza particolare riferimento alla presente questione, seguito dal FÖRSTER, o. c., pag. 98.

²⁾ Cfr. però a pag. 181.

³⁾ Cfr. per tutti FÖRSTER, o. c., l. c.; PARTSCH, o. c., l. c. È da notarsi l'incertezza di alcuni, pur de' più acuti, romanisti. Il FERRINI, ad es., *Pand.*³ dopo aver detto (pag. 622, n. 491) che il mandato di credito era respinto da Servio perchè aliena gratia - una tesi che fu sostenuta e senza fortuna (cfr. FÖRSTER, o. c., pag. 100¹) dal GOSWIN a MICHELS, o. c., pag. 15 - a pag. 705¹, n. 567 afferma: 'non è di solito... concepibile un mandato nell'interesse del mandatario... sappiamo tuttavia come per l'autorità di Sabino si siano vinti gli scrupoli circa il *mandatum ut T. pec. foeneres*'.

⁴⁾ SOKOLOWSKI, o. c., pag. 67; FÖRSTER, o. c., pag. 43; V. THUR, o. c., pag. 20²; JACOBY, o. c., pag. 51¹; C. KÖSTLICH, o. c., pag. 11 e segg.

todo, è ovvio che più sicuro è il procedimento inverso di prendere a base un testo che non appartiene alla compilazione e i testi di questa porre con quello in riferimento.

D. XVII, 1. 48, Celsus, *l. VII digestorum* (Lenel, 68).

§ 1. Cum mando tibi ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihiq[ue] id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere.

§ 2. Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est quemadmodum si mandem ut [mihi] <tibi> quemvis fundum emas.

Celso nel § 1 configura un mandato di prestare denaro (del mandatario) per conto del mandante, sì che gli effetti della esecuzione del mandato attengono alla sfera patrimoniale del mandante; il mandatario non è che un gestore da mandato, economicamente il negozio creditorio ha per suo soggetto il mandante.

La validità di un tale mandato è dal giurista affermata: puto mandatum posse consistere.

Il § 2 raffigura, per contro, un mandato di prestar danaro (poiché l'oggetto del mandato di cui al § 1 (credere pecuniam) è necessariamente presupposto anche in questa seconda fattispecie) ma gli effetti — recipere usuras; tui arbitrii sit nomen — toccano solo la sfera patrimoniale del mandatario, mentre il mandante è responsabile del periculum.

Celso nega la consistenza di un tale mandato: iam extra mandati formam est.

Le alterazioni subite dal testo, aggiunta di 'id est—credas' e verosimilmente del periodo finale ¹⁾ non intorbidano il pensiero di Celso. Il quale, bene si è osservato, non intese nel § 2 di negare consistenza al mandato per indeterminatezza di qualche suo elemento; per vero il § 2, a tale riguardo, non è diverso dal § 1 ²⁾. Così che dal contrap-

¹⁾ Cfr. EISELE in *Archiv für die civilistische Praxis* 84 (1895) pag. 324^a; v. THUR, o. c., pag. 20^a; FÖRSTER, o. c., pag. 43 segg. e 92, il primo di questi due ultimi scrittori incidentalmente, il secondo con errata valutazione del senso dell'alterazione stessa.

²⁾ A ragione quindi EISELE, l. c. E pure in questo senso v. THUR, o. c., pag. 20^a e FÖRSTER, o. c., pag. 901-2.

posto esce indubbia la opinione di Celso su la invalidità del mandatum ut Titio credas per la stessa ragione già addotta da Servio, cioè a dire che il mandato ha per oggetto un negotium del mandatario ed è tua gratia.

Come si concilia con questo testo la legge

6 § 4, D. XVII, 1. Ulpianus, *l. XXXI ad edictum?* (Lenel, 907):

Si tibi mandavero quod mea non intererat veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

Secondo la notizia ulpiana Celso nel settimo libro dei Digesti avrebbe ammessa la validità del mandato ut Titio credas coll'ammettere le azioni diretta e contraria; di più tale mandato, già nello stesso libro settimo dichiarato nullo per essere tua gratia, si sarebbe da Celso affermato valido facendolo rientrare nella categoria dei mandati aliena gratia (appare, invero, accoppiato con il mandatum 'ut pro Titio fideiubeas, che è indubbiamente aliena gratia), ricompresi nella più larga categoria dei mandati 'quod mea non interest' ¹⁾.

Dei tentativi fatti per togliere l'antinomia (alla quale, o non rilevata o mal rilevata, non si è mai dato l'importanza che merita), ha tutta l'apparenza di un ripiego quello che nel fr. 48, § 2 vede la formulazione di dubbi dottrinali, i quali non avrebbero impedito a Celso di affermare, in concreto, la validità del mandato di credito; affermazione questa che nell'opera originale avrebbe fatto seguito al testo del paragrafo 2 della legge 48 ²⁾. Ma perchè i Giustinianeî invece di questa, avrebbero inserito nella compilazione quella parte, ch'era in contraddizione con la validità del mandato di credito ormai pacificamente ammessa; rabberciando il frammento con quell'inciso 'id est ut cuius credas' o sostituendo questo periodetto ad un originario 'id est ut Titio tuo nomine credas' e aggiungendo il periodo finale, per far mutare il senso del fr. celsino?

Tutta la letteratura ammette come indiscutibilmente genuina la notizia di Ulpiano e non rileva e passa sotto silenzio sì la contraddizione della l. 48 § 2 con la legge 6 § 4, sì l'altra della legge 48 § 2,

¹⁾ Vedi pag. 152.

²⁾ Così FÖRSTER, o. c., pag. 45, 46 e pag. 87 e 95.

(il *mandatum ut Titio credas* è *t. gratia*) con la l. 2 § 5 (il *mandatum 'ut Titio credas'* è *t. et aliena o aliena gratia*).

Per i vecchi commentatori Celso riconobbe che il negozio eccede i limiti del mandato, perchè v'è il solo utile del mandatario e quindi è nè più nè meno di un *consilium*; ma il negozio è valido quando 'non aliter factururus esses quam si tibi *mandatum* esset'. È la spiegazione tradizionale accolta e rinnovata dai moderni; la quale in realtà non affronta il contrapposto di Celso con Celso. Di più potrà darsi un mandato del tenore della l. 48 § 2 valido, quando il mandatario senza il mandato non avrebbe agito, e un mandato dello stesso tenore invalido mancando questo momento. Due soluzioni quindi per un mandato che ha lo stesso contenuto obbiettivo nell'un caso e nell'altro; mentre nè il testo celsino lascia supporre tale distinzione, nè tale distinzione è legittimata dalla posizione di Sabino nella controversia. Questi infatti dichiarò che il *mandatum ut Titio credas* è senz'altro valido.

Dei moderni il Girtanner tace al proposito. Il Sokolowski ¹⁾ affermò cose non esatte. Per lui Celso ammise la validità del mandato di credito (D. 17, 1. 6. 4), ma ebbe difficoltà a riconoscere valido un *mandatum t. gratia* pur con l'intervento di una promessa di garanzia; nella l. 48 § 2 Celso ammette una responsabilità per l'assunzione del pericolo, non ostante nega che questo rapporto possa dirsi un mandato. Siccome per il Sokolowski il mandato *ut Titio credas* è un mandato *aliena gratia*, valido per la garanzia prestata, bisogna per forza pensare che la forma di mandato di che Celso tratta nella l. 48 § 2, essendo da lui considerato *t. gratia*, non comprenda il *mandatum ut Titio credas*. Ciò è contro il chiaro senso del testo; che, d'altronde, non ammette responsabilità per assunzione del *periculum*, limitandosi a negare la consistenza del mandato.

Non molto diversamente il Jacoby ²⁾ pensò che per ragioni di utilità pratica i Romani s'indussero a chiamare mandato il consiglio con addietta garanzia, pure essendo consapevoli che questa specie di contratto non è un mandato. Il che risulterebbe appunto dalla l. 48, § 2; dove Celso non nega la responsabilità di garante, ma tende soltanto a fissare che, nel caso, non sorge un obbligo da mandato, perchè il contratto di garanzia '*extra mandati formam est*'.

¹⁾ O. c., pag. 67.

²⁾ *Die Crediterkündigung*, pag. 51¹.

Ma come il Iacoby desuma dal contesto del fr. 48 § 2 la distinzione tra responsabilità di garante che Celso affermerebbe e la negazione della validità del mandato, di cui pure dovrebbe rivestirsi essa garanzia, non si riesce a vedere. Il preconconcetto domina l'esegesi. Vero è che Celso nega la consistenza del mandato e che da questa negazione l'unica ragionevole e sicura conclusione da derivare è che di responsabilità del mandante in nessun senso possa parlarsi perchè il negozio è 'extra mandati formam'.

Nello stesso ordine di idee è il v. Thur¹⁾. Secondo questo scrittore i Sabiniani avrebbero messo a profitto l'a. mandati contraria per la perseguibilità di una aformale promessa di garanzia; la legge 48 § 2 sarebbe il cardine della controversia. Ma, dopo quanto si è detto, è arbitrario vedere nella formulazione di un Proculeiano l'esatta espressione di una dottrina di Sabino; tanto più che mentre Celso afferma nullo il mandato come t. gratia, il sabiniano Gaio l'afferma valido come mandatum t. et aliena gratia o aliena gratia.

Il von Schey²⁾ si limita a riassumere in poche parole il senso della nostra legge. Dato il rigore del sistema romano delle azioni, fu possibile un'estensione dell'a. mandati contraria extra mandati formam: onde anch'esso accoglie, in definitiva, l'opinione comune. Ma nessun testo delle fonti ci dice che quest'actio contraria di mandato fosse un'utilis a. mandati contraria: e ciò dovrebbe pur essere se veramente si avesse avuto l'estensione dell'actio voluta dallo Schey.

A tutti gli scrittori suaccennati si può ancora opporre che il diritto romano non ha disconosciuto gli obblighi del mandatario, perchè, se può discutersi sul momento in cui sorge l'azione diretta e sul suo contenuto, questa v'è pur sempre: onde è innegabile che i fautori della validità del mandatum ut Titio credas non si limitarono a concedere, e per eccezione, l'actio contraria basandola su la promessa di garanzia come tale, piuttosto che sul rapporto di mandato.

Per risolvere la questione che c'interessa³⁾, non vedo che due vie: o il mandato ut Titio credas del fr. 6 § 4 D. 17, 1, a proposito del quale Ulpiano richiama Celso, deve intendersi un mandato come quello del

¹⁾ O. c., pagg. 25^a e 65⁹⁷.

²⁾ O. c., pag. 473¹⁶. In senso analogo agli scrittori citati: OSTERLEY, MICHELS, GEIB e i pandettisti.

³⁾ Il PERNICE, *Labeo*, 3. 1. pag. 185, n. 1., che non dubita della genuinità di D. 17, 1. 6. 4, pensa che Celso affermasse valido il mandatum t. gratia e concedesse,

§ 1 della l. 48; o è giocoforza ammettere l'intervento dei bizantini nella l. 6 § 4, sia più verosimilmente aggiungendo 'vel ut Titio credas' sia spostando la citazione di Celso. La prima alternativa sembrami da scartarsi perchè Ulpiano intende riferirsi a mandati 'quod mea non interest' e nell'ipotesi del § 1 della l. 48 si ha negotium del mandante e il mandatario non è che un gestore da mandato. Non resta che la seconda alternativa, la quale penso che sia la vera ¹⁾. Tanto più, ripeto, che Gaio, nel resoconto della controversia, lascia sicuramente comprendere che al suo tempo la controversia stessa non era risolta nel senso della dottrina di Sabino, e che essa era impostata in questi termini: se il mandato ut Titio credas è un mandato valido o inconsistente. I sostenitori della invalidità ricorrevano alla categoria dei mandati t. gratia; i sostenitori della validità osservavano che il mandato era valido perchè l'oggetto del mandato non era per sua natura tale da non presentar rischio per il mandatario; in altre parole perchè il mandato di credito non era un mandatum t. gratia. Gaio, sabiniano, riconferma il principio di Sabino che il mandato di credito non è t. gratia, poichè lo novera tra i mandati t. et aliena o aliena gratia ²⁾.

in primo luogo, l'azione contraria, come risulta, per lui, dal fr. 16 e dal fr. 48 § 2 D. 17. 1.

Ma il primo di questi due frammenti esibisce un caso di mandato sì con negotium proprium del mandatario ma nell'interesse del mandante (vedi pag. 178, n. 2); il secondo non vedo che conceda al mandatario, nel mandatum t. gratia, l'azione contraria; secondo il suo chiaro e indubitato senso nega che un mandatum t. gratia possa consistere.

In base poi a D. 17, 1. 6. 4 il Pernice deve pure ammettere che anche da un mandatum t. gratia sorga l'a. directa con una particolare funzione supplementare. Ma cfr. più oltre.

¹⁾ L'alterazione del § 4 della l. 6 fu già da me avvertita fin dal 1908 (*Bull. Ist. d. r.* 20, pag. 34) argomentando dalla contraddizione con la l. 48 § 2 di Celso. Vedo con soddisfazione che per tale motivo il PARTSCH, o. c., pag. 62 in nota, (senza citare però quel mio articolo) ritiene giustiniano il § 4. Se il frammento sia tutto opera bizantina, come, senza dimostrarlo, afferma il Partsch, sarà discusso a suo luogo.

Ho detto nel testo che più verisimile mi pare l'aggiunta di vel-credas, per il ravvicinamento dei due istituti della fideiussione e del mandato di credito operato dai Giustiniane.

²⁾ D. 17, 1. 2. 5. Da respingere quindi la conclusione del FÖRSTER, o. c., pag. 96 - forzata dal desiderio di conciliare ciò ch'è opposto - che cioè con Sabino siasi infiltrato un elemento estraneo agli elementi costitutivi del mandato; e che il mandato di credito sia un mandato eccezionale riconosciuto valido solo per mezzo di una finzione.

La opinione che riferisce a Sabino la dottrina costruita sul frammento di Celso è quindi da scartarsi; ma è anche da respingersi la ipotesi che si volesse avanzare di una personale dottrina di Celso, la quale negasse per principio la validità del mandato di credito perchè t. gratia (l. 48 § 2), accordando poi le azioni di un mandato valido; perchè nè pur così è superata la contraddizione tra la l. 48 § 2 che costruisce il mandato di credito come *mandatum quod tua interest*, e la l. 6 § 4 che lo costruisce come *mandatum quod mea non interest*, accoppiandolo a una forma di *mandatum aliena gratia* (ut pro Titio fideiubeas).

La verità è che Celso, Proculiano, fu dell'avviso di Servio¹).

Cade pertanto anche la costruzione dommatica che si è rivestita dell'autorità dei classici: non su principi di equità o sovra una finzione si fondava la dottrina di Sabino, che finì per avere il sopravvento, ma su una particolare valutazione del momento per cui un mandato dovesse considerarsi tua gratia: con essa e per essa il mandato di credito rientrava nelle categorie dei mandati validi, e poteva in esse trovar la sua sede.

Resta a determinare il valore che nel diritto giustiniano ha la l. 48 § 2, poichè, contrariamente al principio posto in essa, nel fr. di Gaio 2 § 5 D. 17, 1 - uno dei primi in sede e, come quello che contiene principi generali sul mandato, prevalente per l'interpretazione del diritto giustiniano - il mandato di credito è noverato tra i mandati t. et aliena o aliena gratia. Reso innocuo il frammento di Celso in quanto

¹) Contro la tendenza a considerare la nullità (nel § 2 l. 48) come derivante dall'indeterminatezza dell'oggetto già presso Celso cfr. gli scrittori citati a pag. 38^a.

Non è mancato chi (BESLER, *Beiträge zur Kritik des römischen Rechts I* pag. 84) ha, con soverchia disinvoltura, sospettato triboniano tutto il § 2 della l. 48, eccettuandone il periodo finale 'quemadmodum si mandem ut mihi fundum emas'; il quale periodo direttamente avrebbe seguito alla fine del § 1. Le ragioni addotte si riducono a queste: 'zwischen ceterum ut vermisst man etwas' e 'extra formam mandati ist nicht unbedenklich'. Ragioni esterne, malsicure e insufficienti. Malsicura la prima perchè ciò che manca tra Ceterum e ut è precisamente quanto il giurista ha detto - nè ha sentito necessità di ripetere - nel § 1: 'cum mando tibi', e ciò dimostra appunto la connessione originaria del § 2 e del § 1; insufficienti e malsicure entrambe perchè una ragione più forte induce ad escludere che il § 2 sia creazione bizantina: per i bizantini non era dubbia, come invece fu per alcuni dei classici, la validità del *mandatum ut T° credas*, ed è assurdo pensare che essi fabbricassero un testo che indubbiamente conterrebbe una implicita negazione di quello che essi ammettevano come principio indiscusso (cioè la validità del mandato ut T° credas).

portava l'opinione di Celso contraria alla validità; con l'alterazione della l. 6 § 4: con l'aggiunta del periodo finale e l'aggiunta o mutamento del periodo *id est* - credas nella l. 48 § 2, codesta legge non ha più che questo senso: che il mandato di credere pecuniam è invalido quando non sia determinato il terzo a cui deve prestarsi il denaro o per indeterminatezza dell'oggetto ¹⁾. Il valore dommatico originario n'è completamente mutato.

*
* *

7. Da quanto si è finora esposto risulta chiaramente che Sabino non considerò il mandato di prestar denaro come un *mandatum t. gratia*.

A concludere nello stesso modo si giunge, ponendosi da un punto di vista positivo: il mandato di credito, cioè, può costruirsi come un *mandatum aliena gratia*.

E qui appare necessario di liberare il campo da una dottrina largamente diffusa, non ostante la resistenza opposta ad essa ripetutamente; secondo la quale elemento costitutivo necessario del mandato è l'appartenenza al mandante del *negotium mandato*; onde, ammesso che dare il proprio denaro a mutuo sia negozio del mandatario, conseguirebbe che il *mandatum pecuniae credendae* non è un mandato. Con maggior vigore e rigore la tesi è stata sostenuta dal Förster ²⁾; e bisogna riconoscere che il suo tentativo è il più compiuto perchè è il più logico nella sua struttura. Infatti non si può giungere a negare che il mandato di credito sia un mandato, se non si parta da quella premessa. La dottrina comune ch'è disposta a negare la premessa senza discuterla, ma afferma una particolare natura del mandato di credito, rilevandola da affinità di scopo con la fideiussione, non è altrettanto conseguente.

La premessa dalla quale il Förster ha tratto gli ulteriori sviluppi relativamente al mandato di credito è la seguente: il momento individuante del mandato (proprio) è l'appartenenza al mandante del negozio mandato, nel senso ch'egli è *dominus negotii*, cioè obbiettivamente il negozio e gli effetti di esso attengono alla sua sfera patrimoniale; da ciò assume rilievo la sua volontà; il mandatario interviene come inter-

¹⁾ Cfr. *Bull. Ist. d. r.* 20 (1908) pagg. 30-31.

²⁾ O. c. 'Der Kreditauftrag kein Auftrag' pag. 66 segg.

mediario tra mandante e terzo, esso agisce per conto del mandante al quale come soggetto si riconducono gli effetti economici e giuridici del negozio compiuto. A tale elemento (appartenenza del negotium al mandante) sono connessi gli effetti giuridici del mandato e cioè: la funzione dell'a. directa per costringere eventualmente all'adempimento del mandato e per il recupero di quanto il mandatario abbia conseguito con la esecuzione, e correlativa funzione supplementare dell'a. contraria per le spese e gli sborsi eventuali del mandatario, nonché il diritto di revoca, re integra.

Incomincio col dichiarare che, posta così, la premessa è falsa.

Anzitutto è falsa la concezione ch'essa involge del mandato romano ¹⁾.

Ma poi, ove pongasi mente alle espressioni 'mea, tua, aliena gratia' che Gaio adopera per distinguere le varie forme o figure di mandato è giocoforza riconoscere ch'esse non hanno il senso preciso ed esclusivo di negotium meum, tuum, alienum; ed appunto questa considerazione mette già sull'avviso nell'accettare una interpretazione ristretta

¹⁾ Il mandato romano è da questo scrittore definito (o. c., pag. 70): 'Vertrag vermöge dessen sich Jemand verpflichtet ein Geschäft für einen Andern auf dessen Rechnung und Gefahr unentgeltlich auszuführen'. Non pare necessario d'insistere sull'erroneità di tale definizione. Il mandatario romano agisce in proprio nome, salvo i peculiarissimi e notissimi casi in cui agisce nomine alieno e fu ammessa la rappresentanza. La nostra espressione 'agire per conto di alcuno' non ha un preciso equivalente latino: prossima, per significato, è alicuius gratia agere.

Ma o agire per conto di alcuno s'intende agire nell'interesse di alcuno (alicuius gratia), e la definizione è incompleta perché il mandatum può essere aliena gratia (dove il mandatario è obbligato al mandante con l'a. mand. d^a., ed, eventualmente, al terzo con l'a. neg. gest.); o agire 'per conto di alcuno' s'intende che dall'esecuzione del mandato riescano acquisiti al mandante diritti ed obblighi come s'egli avesse compiuto personalmente il negozio mandato, e la definizione è errata perché il mandato romano è senza rappresentanza.

Il mandatario non è, insomma, un semplice gestore da mandato: in altre parole il mandato romano non risulta dalla congiunzione di questi due elementi: negozio di gestione per conto del mandante e forma contrattuale del mandato. Ciò è sì vero che se il mandatario fosse un gestore e il mandato una gestione nella forma del mandato, applicando il principio proprio della gestione che cioè il gestore deve gerire un negozio appartenente o ch'egli crede appartenente al gerito, si arriverebbe ad escludere ogni forma di mandato che non avesse per contenuto un negozio del mandante. Per contro, vedi nel testo.

Per riguardo al periculum, v'hanno testi i quali dichiarano che il periculum del negozio mandato può gravare sul mandatario (D. 17, l. 39 Aristone, Celso pater, Nerazio e 17, l. 10. 8 in f.).

come quella che qui si combatte. Il significato n'è sì elastico da apparire incoercibile in una rigorosa determinazione tecnica; comprende sì il concetto di *negotium*, ma in esso e con esso non si esaurisce; nè pure si restringe all'idea di vantaggio economico poichè – e su questo punto c'è, in massima, accordo nella dottrina – comprende anche il c. d. interesse d'affezione.

Può essere che il negozio, oggetto del mandato, non sia un negozio del mandante, ma del mandatario o del terzo e che gli effetti dell'esecuzione interessino il mandante, come può essere che il negozio appartenga obbiettivamente al mandante e che gli effetti della esecuzione interessino il mandatario e il terzo o entrambi. Il criterio dell'appartenenza del *negotium* al mandante non è quindi il momento decisivo perchè si abbia mandato proprio. Anche se nella maggior parte dei casi concreti esaminati dai giuristi (è questo un argomento cui ricorre il Förster ¹⁾) appaia che oggetto del mandato sia un negozio del mandante, non risulta perciò solo che il mandato con negozio del mandante sia l'unica forma di mandato proprio e che ogni altro mandato, che non abbia quel contenuto, sia da considerarsi improprio ed anomalo. Ciò varrà, al più, a dare risalto, entro il genere 'mandatum' a quella specie di mandato ch'è il mandato con *negotium proprium* del mandante (a es. nella procura si ha un mandato di questa specie). D'altra parte la contrapposizione di mandato proprio (con negozio del mandante) e mandato improprio o anomalo (quando non v'abbia negozio del mandante), non ha base nelle fonti; la partizione gaiana è esplicita nè in Gaio nè in altri giuristi s'incontrano azioni utili di mandato da mandati impropri, come pure dovrebbero essere se la categoria fosse stata nota. Lo stesso frammento di Celso (l. 48 §§ 1-2 D. 17, 1), sovra esaminato non contrappone mandato proprio e mandato anomalo, ma nelle due ipotesi afferma per l'una, nega per l'altra la validità del mandato.

Che in quest'ordine d'idee fossero i Romani è addimostrato da ciò ch'essi dichiarano valido il *mandatum aliena gratia*: quello cioè che ha per oggetto un negozio o interesse del terzo (a es.: ut Titii negotia geras, ut Titio fundum emas, ut pro Titio fideiubeas). Nessun artificio di consumato esegeta può toglier valore alle conclusioni che

¹⁾ O. c., pag. 69-70.

se ne traggono. Nè pure limitando la categoria del *mandatum aliena gratia* ai casi in cui il mandante ha posizione derivata di *dominus negotii* (cioè a dire: A è mandante presso B a favore di C, e, alla sua volta, è mandatario (o gestore) di C); sia perchè è ovvio che non si esauriscono tutte le ipotesi di mandati *a. gratia*, sia, e più, perchè, se così fosse, la categoria del *mandatum aliena gratia*, come contrapponentesi ed effettivamente contrapposta all'altra del *mandatum mea gratia*, verrebbe a risultar priva di contenuto proprio, cessando con ciò la ragion d'essere del contrapposto stesso. Poichè ogni *mandatum a. gratia* con posizione derivata di *dominus negotii* del mandante riducendo a un *mandatum mea gratia*, o, al più, *mea et aliena gratia*, le fonti dovrebbero presentarci, in luogo della tricotomia fondamentale gaiana (*mea, tua, aliena gratia*), dalla quale si ricavano poi le tre altre forme composte (*mea et aliena, mea et tua, tua et aliena gratia*) una tricotomia del seguente tenore: *mand. mea, tua, mea et aliena gratia*.

Il Förster pensa che lo sviluppo storico del mandato presenti queste due forme: forma originaria il *mandatum mea gratia*, forma derivata il *mandatum aliena gratia*. Il quale sarebbesi staccato, come sottospecie dal *mandatum mea gratia*; in quanto esso non sia e non possa essere se non un *mandatum mea gratia*, in cui l'effetto economico dell'atto da compiersi per conto del mandante, ridonda a vantaggio del terzo (esempio tipico: il mandato di prestar denaro ad un terzo per conto del mandante: D. 17, 1. 48. 1). Così – superata per tempo, data l'importanza del mandato e della bona fides che lo anima, le difficoltà sorgenti dal rigido principio dell'invalidità dei contratti a favore di terzi – il mandato *a. gratia* entrò a far parte del sistema giuridico. Ma ciò avvenne non in considerazione dell'interesse del terzo all'esecuzione, ma per effetto di una determinazione più larga del concetto d'interesse, e più precisamente dell'interesse del mandante, nel senso d'interesse materiale e giuridico all'esecuzione: in altre parole si ammise di far compiere un negozio a favore di un terzo, per mezzo di un intermediario e che a ciò si poteva avere un interesse rilevante giuridicamente ¹⁾.

¹⁾ O. c., pag. 97; cfr., a pag. 101²: 'Das *mandatum al. gr.* ist weiter nichts als ein gewöhnliches *mandatum mea gratia*'.

Ma è agevole osservare, in primo luogo, che codesta formulazione riesce ad escludere – contro il punto stesso fondamentale assunto dal Förster – che oggetto del mandato riesca, in ogni caso, ad essere un negotium mandantis ¹⁾. Perchè ove il negozio appartenga obbiettivamente al terzo, non può, nel contempo esser negotium mandantis; nè pure quando il mandante sia alla sua volta mandatario (o gestore) del terzo: giacchè in tale ipotesi il mandante avrà interesse all'esecuzione, ma non l'interesse del dominus obbiettivo, bensì quello riflesso – e che, in fatto potrà coincidere (ma anche non coincidere) con l'interesse del dominus obbiettivo: D. 3, 5. 28 (27) – determinato dalla obbligazione che lo astringe al terzo. La quale segnerà il limite estremo del contenuto della sua azione. In secondo luogo quella che per il Förster dovrebb'essere una giustificazione storica non è tale. Infatti, s'è vero che la forma di mandato originaria è il mandatum mea gratia ²⁾, ciò non legittima l'affermazione che il mandatum aliena gratia fu ammesso come una sottospecie del mandatum mea gratia. Qui v'è un salto tra la storia e il dogma. Quel secondo è il punto da dimostrarsi e l'ipotesi non può essere in alcuna guisa avvalorata da rilievi testuali. Gaio presenta il mandatum aliena gratia come tipo giustapposto al mandato mea gratia, ed i testi che conservano notizia di divergenze e dubbi nella giurisprudenza riguardano casi di mandati con negotium del mandatario.

Il Förster, d'altronde, ha tentato di dare colorito storico al dogma largamente rappresentato pur nella più autorevole dottrina: che in ogni caso di mandato valido, il negotium oggetto di esso è un negotium del mandante, sia esso mandato conferito nell'interesse del mandante o del terzo; poichè in entrambe le ipotesi il negozio è voluto dal mandante e tale atteggiamento del suo volere lo rende un negotium di lui ³⁾. In altri termini il volere del mandante espresso nell'atto stesso del mandato che abbia per contenuto un negotium

¹⁾ Poichè l'interesse del mandante non è quello del terzo, ma un interesse riflesso e derivato, non sarà vero che 'mea gratia' significhi 'negotium meum', come assume il FÖRSTER.

²⁾ Cfr. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* 2, pag. 662 segg.

³⁾ BRINZ, *Lehrbuch d. Pandekten* ² II § 334, pag. 775: 'Ein Geschäft des Mandanten ist das mandirte Geschäft ueberall wo das Mandat gilt; mag es nun in seinem eigenen oder in fremdem Interesse ertheilt sein; einmal darum weil es

di cui è dominus obbiettivo un terzo, rende negotium mandantis ciò che è negozio obbiettivamente alieno.

Tale formula dogmatica sostituisce alla realtà una non necessaria finzione. Colui, infatti, che dà un mandato il cui contenuto è un negotium del terzo non può far proprio, con un atto del suo volere, ciò ch'è ineluttabilmente altrui; ma semplicemente intende che il mandatario, a lui astretto dal vincolo contrattuale, agisca conformemente al mandato, dall'esecuzione del quale dipende la soddisfazione dell'interesse e il compimento del negozio del terzo.

La insufficienza di tale formula si rileva ancor meglio dalle tradizioni in cui, di fronte ai testi e alla realtà, debbono a forza ca-

ein von ihm gewolltes Geschäft seines Willens ist; dann darum, weil ihm damit ein Dienst geleistet wird'; e § 321 pag. 638 'umsomehr kann man durch Mandat ein fremdes Geschäft zu den seinigen machen indem das Mandat zu einem Geschäfte ertheilt wird, das nicht re ipsa des Mandanten ist'. Il BRINZ, cita D. 3, 5. 11 (6 9); 3, 5. 5. 12 (6. 10).

Item quaeritur apud Pedium libro septimo, si Titio quasi debitorem tuum extra iudicium admonuero et is mihi solverit, cum debitor non esset, tuque postea cognoveris et ratum habueris; an negotiorum gestorum actione me possis convenire. et ait dubitari posse quia nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit: sed [ratihabitio], inquit, [fecit tuum negotium: et] sicut ei a quo exactum est adversus eum datur repetitio, qui ratum habuit, ita et ipsi debebit post ratihabitionem adversus me [competere] (dari) actio. [Sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum].

Questo testo ha un senso ed un valore limitati all'ipotesi che risolve. A ha ricevuto da B il pagamento di una somma ch'egli credeva dovuta a C ma che B non doveva a C perchè non ne era debitore. B avrà la condictio indebiti contro A, perchè A non è gestore di C non essendo C creditore. Quid se C ha ratificato? In tal caso egli fa suo il negozio del pagamento (e non è questione del negozio creditorio ch'egli non può far suo perchè non è creditore, e che del resto non farebbe suo nè manco ove esistesse il vero creditore); e B che ha pagato ciò che non doveva intenderà contro C la condictio indebiti. E allora C, il quale paga, potrà rivolgersi ad A cui è stato fatto il pagamento come a suo quasi gestor con l'a. neg. gest. directa. La qualifica di utilis fu probabilmente soppressa conforme al principio giustiniano intruso, com'è noto, in D. 3, 5, 47 (46); se pure, in questo punto, i Giustiniani non si limitarono a sostituire, come ho segnato, competere a dari. Non è che la ratifica costituisca il negozio al dominus putativo. Infatti, o non esiste il vero creditore, e allora il dominus putativo non può far suo un negozio che obbiettivamente non appartiene ad alcuno, o v'è il dominus vero ed a questo non cesserà di appartenere il negozio: infatti il dominus vero conserva il suo credito contro chi avesse, pur per errore, pagato a un rappresentante del dominus putativo (C. 46, 3. 58): la ratifica, nell'ipotesi prospettata di un pagamento avvenuto al rappresentante del dominus putativo, poichè addimosta che

dere gli assertori di essa. Il Brinz, a cui appartiene quella riprodotta più sopra, ammette, d'altra parte ¹⁾, che il dar mandato nell'interesse del terzo costituisce una negotiorum gestio, onde spetta al mandante contro il terzo l'a. neg. gest. contraria. Ciò è conforme a testimonianze testuali ²⁾; ed allora: se il gestore deve aver l'animus aliena negotia gerendi, come potrà il mandante nel contempo e aver l'animus di gestire un negozio del terzo e dar mandato con animus di far proprio il negozio stesso? ³⁾. La realtà si ribella alla teoria. E l'elemento che perturba è appunto il secondo — che quindi conviene eliminare per

questi intende che a lui appartenga la somma pagata, serve a determinare la direzione della *condictio indebiti* contro di lui.

Dubito che altre alterazioni abbia subito il testo, le quali ho segnato tra [.]. L'ultimo periodo è una evidente aggiunta postclassica; esso appare veramente come una determinazione a fini scolastici di un principio di carattere generale, che, invece, in quanto precede, era, al più, tenuto presente ai fini cui esso poteva servire nell'ipotesi prospettata.

In modo non dissimile è pure da intendersi il fr. successivo: § 12 (6 § 10): dove il diverso regolamento sarebbe una prova che nelle varie ipotesi non si seguivano gli stessi criteri. Qui v'ha un erede (A), un erede putativo B per il quale C esige da D un credito dell'eredità. Quid se B ratifica l'operato di D? Coi criteri del passo precedente (e della l. 58 D. 46. 3) D dovrebbe avere contro B una *condictio sine causa*, e B contro C l'a. neg. gest. d.a. (*utilis*); il vero erede A non dovrebbe perdere il suo debitore perché egli è l'erede. Invece A per effetto della ratifica può chiedere l'eredità a B, e tra B e C hanno luogo le azioni di gestione. Non intendo qui approfondire l'esame del frammento: mi limito a dichiarare che vi sospetto l'opera dei bizantini [*esse mihi adversus te et tibi mutuum negotiorum gestorum actionem*: il testo doveva almeno menzionare qui aa. *utiles nn. gg.*] [*atquin gestum est*] [*hoc conciliat. quae res*].

Ad ogni modo non vedo come questi due frammenti possano assumere tale valore da formare una solida base alle affermazioni del Brinz. Nel *mandatum aliena gratia* il negotium appartiene o l'interesse è realmente del terzo e non v'ha luogo ad alcuna delle ipotesi dei fr. esaminati. Gli altri passi citati dal Brinz (D. 3, 5. 3. 11; e l. 20 (21) 3 e l. 27 (28) riguardano i rapporti del c. d. dominus derivato col dominus obbiettivo.

¹⁾ O. c., § 321, pag. 652, n. 82.

²⁾ Cfr. D. 17, 1. 20. 1; 3, 5. 27 (28).

³⁾ Si potrà, bensì, dire che il mandante (gestore o mandatario del terzo) vuole compiere il negozio come fosse suo proprio e che vuole che il mandatario lo gestisca come se fosse un negozio appartenentegli; ma ciò è evidentemente diverso dal far proprio il negozio del terzo. Egli vorrà eseguire e che sia eseguito dal mandatario diligentemente il negozio del terzo perché egli è astretto al terzo stesso, dalla responsabilità di gestore o mandatario. Ma un criterio di misura della responsabilità del mandante per il rapporto che lo astringe al terzo non può trasformare l'appartenenza obbiettiva del negozio stesso, nè tanto meno trasformarsi in un criterio di validità del mandato ch'egli stesso conferisca.

eliminare la contraddizione, - poichè su la giustezza del primo non v'è grave ragione di dubitare ¹⁾).

Le difficoltà, relativamente al mand. al. gratia, più che offerte dal diritto romano, sono create nella dottrina e da idee generali a cui non si vuole o non si sa rinunciare, e dalla pressione del concetto di rappresentanza, che, estraneo al diritto romano, non è stato valutato a sè, se non in tempo relativamente recente; mentre gli studi sul mandato sono rimasti allo stadio in cui mandato e rappresentanza erano, per più versi, fusi e confusi insieme ²⁾).

La dottrina infatti o si limita a riprodurre le categorie del mandato trasmesseci da Gaio e da Giustiniano (ed è il caso più frequente); o riesce a distruggere la forma autonoma del *mandatum a. gratia*, preoccupata e dal principio della nullità dei contratti a favore di terzi, e dall'altro principio dell'indifferenza giuridica di contratti il cui obbietto riesca a vantaggio o riguardi negozi e interessi di persone diverse dai contraenti. Onde si ammette la validità del mand. aliena gratia perchè interviene normalmente un interesse del mandante di *dominus derivato* e solo quando tale interesse vi sia ³⁾).

Ma il principio della nullità dei contratti a favore di terzi non ha qui ragione di essere invocato in quanto dal mandato non sorga mai azione al terzo, e, quanto all'altro, l'abbaglio deriva dal non tener distinti due problemi che possono stare e risolversi indipendentemente e che i Romani hanno tenuto distinti e separati: quello cioè relativo alla validità ed esistenza del mandato e l'altro del contenuto delle azioni di mandato.

A proposito del *mandatum aliena gratia* si rilevano, nella dottrina, tre correnti: una prima nega la validità del mandato stesso; una seconda ne afferma la validità quando esista un interesse del mandante all'esecuzione; una terza ne afferma la validità ma la fonda su una giustificazione arbitraria. A parte la già fatta osservazione che per tal modo si distrugge la figura autonoma del *mandatum a. gratia*, per diritto romano la prima teoria è falsa, incompleta la seconda e fallace la giustificazione della terza. Poichè i Romani non tanto ebbero

¹⁾ Cfr. più oltre.

²⁾ Cfr. avanti.

³⁾ Vedi, per tutti, GIRARD, *Manuel* 581 e FERRINI, *Pandette* ³ pag. 704, numero 567.

riguardo all'esistenza o meno dell'actio in esecuzione per dichiarare la validità di un mandato, quanto all'oggetto di esso. Se un mandato non aveva tale oggetto per cui dovesse considerarsi tua gratia – chè, in questo caso, la inconsistenza si compenetrava con la impossibilità giuridica del sorgere di obbligazioni – esso era valido. Le categorie gaiane esprimono quale oggetto è congruo al mandato, e oggetto congruo è qualsiasi atto materiale o giuridico che non sia in gratiam mandatarii nel senso determinato più sopra.

Onde, mentre la stipulazione in favore di un terzo è radicalmente nulla (Gai. III, 103), il *mandatum tertii gratia* è, per principio, pienamente valido ¹⁾.

Ed è così che non v'ha contraddizione tra il principio di Gaio, III, 155: '*mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur, in id quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*'; e il principio ulpiano (D. 17, 1. 8. 6): '*mandati actio tunc competit cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest cessat mandati actio et eatenus competit quatenus interest...*'. Enon esiste contraddizione perchè Ulpiano negando l'azione quando manchi un interesse da far valere non nega anche la validità del mandato.

La funzione dell'actio m. directa non si limita ad ottenere la esecuzione del mandato; nè sorge solo ed esclusivamente con e per tale funzione nel momento in cui il contratto si stringe e si perfeziona col mero incontro delle volontà o consenso: ond'è che, anche senza

¹⁾ Con ciò non intendo dire che il mand. aliena gratia sia un contratto a favore di terzi, e la stipulatio alteri non lo sia. Da entrambi questi contratti non sorge per principio azione al terzo nè per d. classico nè per d. giustiniano. Il terzo, nel mand. aliena gratia potrà al più avere un'a. negot. gest. contro il mandatario. Ma non è meno da rilevarsi questa differenza: tra le parti la stipulazione è nulla; tra le parti il mandato aliena gratia (abbia esso per contenuto un dare o un facere) è valido.

Per i classici dunque non ogni contratto con contenuto in favore di un terzo, è nullo tra le parti. E questo vale tanto per coloro che ritengono nulla la stipulatio alteri abbia essa per contenuto un dare o un facere a favore di un terzo; quanto per chi ritiene (Perozzi) doversi per d. classico, limitare la nullità assoluta alla stipulatio alteri dari, ed affermare la validità della stipulatio alteri facere, perchè deducendosi nell'a. un incertum, poteva esser fatto sempre valere l'eventuale interesse dello stipulante.

che vi abbiano gli elementi per quel contenuto dell'a. directa al momento della conclusione del contratto, il contratto stesso è valido. In altre parole la giuridica consistenza del mandato non è subordinata all'esistenza dell'a. directa in funzione di esecuzione al momento in cui si conclude il contratto. Quando si afferma che gli obblighi reciproci nascono, in queste figure, sol dopo e come conseguenza dell'esecuzione del mandato e se ne inferisce che codesti mandati sono anomali, non si pone mente che il contratto di mandato - congruo essendone l'oggetto - è, come consensuale, perfetto al momento dell'incontro dei voleri; e che solo ciò ammettendo, è anche possibile ammettere che eventualmente sorgano obblighi con l'esecuzione. Il che risulta ancor meglio dal seguente riflesso: ove si assuma inconsistenza del mandato quando non siano in essere gli elementi dell'a. directa nella sua direzione all'esecuzione, ogni mandato aliena gratia, in cui al momento della conclusione del contratto non fosse in essere un interesse all'esecuzione sarebbe improduttivo di effetti perchè invalido: nè potrebbe quindi convalidarsi in un momento posteriore, successivo e all'accettazione e all'esecuzione. Invece si hanno testimonianze non equivoche che si avveravano gli effetti di un mandato valido (denegazione dell'a. contraria al mandatario per eccesso nell'esecuzione o per esecuzione non conforme: D. 17, 1. 41; cessione delle azioni del mandatario al mandante. La stessa legge ulpiana non esclude l'a. directa in un momento anteriore all'esecuzione: 'actio tunc competit cum coepit').

Concludendo, nel *mandatum a. gratia* ove il *negotium* riguarda il terzo (compra di un fondo per Tizio, gestione di negozi, fideiussione a favore di Tizio), esso non può considerarsi come appartenente obbiettivamente alla sfera patrimoniale del mandante, anche se abbia afferenza a tale sfera esso non cessa di essere obbiettivamente *negotium alienum*: il mandante potrà avere un vantaggio o interesse in senso lato all'esecuzione (e qui rientra anche l'interesse del c. d. dominus derivato)¹⁾. Come potrà essere che un *negotium proprium* del mandante presenti interesse o vantaggio per il terzo, come nel caso

¹⁾ Diversa è l'ipotesi in cui il negozio appartiene obbiettivamente al mandante ed al terzo (A comproprietario di una casa con C manda a B di vendere la casa). Egli è dominus negotii per la sua quota e per la quota di C mandator aliena gratia.

del mandato a donare. (Colui che dona, o che il mandatario sia un puro intermediario o che il mandatario dia la somma o la cosa propria e a lui resti obbligato il mandante (donante), agisce anche in interesse altrui, ma compie un affare proprio ¹⁾). Agli effetti della validità giuridica nè pure è vero che il mandatario debba gestire un negozio obbiettivamente alieno (del mandante o del terzo): è valido un mandato anche se obbiettivamente il negotium sia proprio del mandatario e gli effetti di esso interessino il mandante o il terzo o entrambi, e in considerazione di questo interesse il mandato siasi conferito ed il mandatario intenda eseguirlo. Non deve quindi considerare il negotium nella sua entità statica, ma nei suoi effetti complessi, nel suo dinamismo ²⁾. Solo allorquando il negotium appartiene obbiettivamente al

¹⁾ Cfr. D. 39, 5. 19. 3.

²⁾ Per tal modo si riesce agevolmente a dar ragione di varie fattispecie di mandato che ci presentano le fonti.

a) D. 17, 1. 16 (ULP. *l. XXXI ad edict.*): Si quis mihi mandaverit in meo aliquid facere et fecero, quaesitum est, an sit mandati actio. et ait Celsus libro septimo digestorum hoc respondisse se, cum Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, ut in hortis eius quos Ravennae habebat in quos omnibus annis secedere solebat, sphaeristerium et hypocausta et quaedam ipsius valetudini apta sua impensa faceret: deducto igitur quanto sua aedificia pretiosiora fecisset, quod amplius impendisset posse eum mandati iudicio consequi. È indubbio che oggetto del mandato, in questo caso, è un negotium del mandatario (in meo (scil. del mandatario) aliquid facere; e arg. dalla deduzione del maggior valore che ha acquistato la cosa per effetto degli eseguiti lavori); ma gli effetti di esso interessano il mandante, anzi, appunto in vista di essi, il mandato è stato conferito e accettato. Ma se obbiettivamente si ha negotium del mandatario non potrà essere che il negotium sia, nello stesso senso e con lo stesso valore, negozio del mandante.

b) mandato di acquistare per il mandante cosa di cui il mandatario è comproprietario:

D. 17, 1. 22, 4 (PAUL. *l. XXXII ad edict.*): Iulianus scripsit mandati obligationem consistere etiam in rem eius qui mandatum suscipit ex eo maxime probari quod si pluribus heredibus vendentibus uni mandavero ut rem hereditariam emeret, etiam pro ea parte, qua heres sit, obligatur mandati actione et obligat...;

D. 17, 1. 34. 1 (AFRICAN. *l. VII quaest.*): Cum heres ex parte esses, mandavi tibi, ut praedium hereditarium mihi emereres certo pretio: emisti. Pro coheredum quidem partibus non dubie mandati actio est inter nos. Pro tua autem parte posse dubitari ait, utrumne ex empto agi oporteat: neque enim sine ratione quem existimaturum pro hac parte sub condicione contractam emptionem. Quod quidem maxime quaeri pertinere ait, ut (MOMMSEN. *ut ait*), si forte prius quam emptio fieret decesserim et tu cum scires me decessisse, propter mandatum meum alii vendere nolueris, an heres meus eo nomine tibi sit obligatus, et retro, si alii vendideris, an heredi meo tenearis.

Africano dubita se non si possa costruire come vendita, sottoposta alla con-

mandatario e la esecuzione non rappresenta alcun interesse per altri o alcun rischio per esso, si ha *mandatum t. gratia* invalido, essendo indifferente che il mandatario intenda di obbligarsi e di obbligare a sé il mandante (es. mandato al legatario di accettare il legato; mandato di prendere a mutuo [per proprio conto del mandatario] una somma da un terzo e di divenirne debitore).

Certamente il mandatario che dietro mandato *mutua* una somma a Tizio compie un negozio che attiene alla sua sfera patrimoniale, i cui effetti lo toccano attivamente in quanto egli sia il creditore ed abbia la disponibilità del credito e possa cederlo (salvo gli effetti de-

dizione dell'acquisto delle porzioni dei coeredi, il mandato di comperare un fondo di cui il mandatario è comproprietario per la parte che spetta a questi. Ciò presenta una non lieve importanza pratica ove il mandante morisse prima della compera delle quote dei coeredi da parte del mandatario, in quanto si eviterebbero le conseguenze derivanti dalla risoluzione, per quel fatto, del mandato stesso. E il dubbio è ragionevolissimo. Però deve osservarsi che, anche ammettendo la tesi che siavi *compravendita* e non *mandatum* per la porzione di proprietà del mandatario, non è negata la consistenza del mandato perchè è in *rem mandatarii*, ma perchè, in realtà, non si ha un contratto di mandato ma un altro contratto, precisamente una *compravendita*.

Quanto segue, nella l. 34, [nam si quidem-ageretur] è aggiunta giustinianea (si quidem-sin vero; esplicazione superflua di quanto appena precede; inutilità del periodo finale, che mentre non risolve il dubbio, dà una regola che toglie ogni valore logico alla distinzione).

La legge 35 (NERATIUS, l. V *membranar.*) e la l. 36 pr. e § 1 D. 17, 1 (Iavolen., l. VII *ex Cassio*) riguardano consimili fattispecie; esse però, come il fr. di Paolo in cui è riferita l'opinione di Giuliano, non menzionano i dubbi dottrinali del fr. d'Africano; danno piuttosto norme per la determinazione del prezzo a cui il mandatario deve cedere la propria quota di proprietà nelle ipotesi che il mandato stabilisca e non stabilisca il prezzo complessivo di compera.

Nella l. 35 i Giustinianeî rimaneggiarono - se pure su fondo classico - il testo da *sin autem-oportet*. Nel fr. 36 § 1 alterazioni sono state affermate dal BESELER, *Beiträge*, II pag. 86, III pag. 69.

c) mandato di liberazione del debitore del mandatario: D. 17, l. 27. pr. GAI., l. IV *ad edict. prov.*; mandato di pagare il debito di un terzo: D. 17, l. 53 in fine (PAPIN, l. IX *quaest.*).

d) la ipotesi della delegazione non presentò difficoltà.

D. 17, l. 22. 2 (PAUL., l. XXXII *ad edict.*): *Interdum evenit ut meum negotium geram et tamen utilem habeam mandati actionem: veluti cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat, aut cum rogatu fideiussoris cum reo experior; nam quamvis debitum meum persequar, nihilominus et illius negotium gero* (onde utilis, appar qui, usato non in senso tecnico); Cfr. D. 17, l. 45. 7. (PAUL., l. V *ad Plautium*), dove sospetto che i Giustinianeî abbiano aggiunto [quamvis *mandatum ad tuam rem pertineat*], poichè dovre-

rivanti dal particolare rapporto di mandato da cui è astretto¹⁾); ma non è meno vero e certo che l'atto di mutuare a colui che abbisogni di capitali rappresenti per questi un interesse in quanto soddisfi un bisogno. Chi, economicamente risente il vantaggio è il mutuatario; il mutuante (mandatario) fa un negozio creditorio ma, con ciò stesso — come si esprimono le fonti, — 'sequitur eius fidem'²⁾, e, in ciò è, economicamente, il rischio. Il quale rischio dell'operazione è elemento sufficiente ad escludere che il mandato di dare a mutuo rivesta il puro carattere di un *mandatum t. gratia*. Ciò è sì vero che, per converso, un mandato di prendere a prestito una somma (a nome e conto del mandatario) è un *mandatum t. gratia* perchè il mandatario non corre alcun rischio e il rischio è del terzo mutuante.

Queste ragioni logiche, le quali permettono di ravvisare nel *mandatum ut T.º credas un mandatum al. gratia* hanno un riscontro testuale in Gaio (*l. 2 aureorum*) D. 17, 1. 2. 5: *Tua et aliena (sc. contrahitur mandatum) veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes: quod si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum.*

Ma il Förster³⁾, seguendo l'affermazione nello stesso senso del

besi leggere *meam* in luogo di *tuam*, come già parve ad ACCURSIO e al FABRO (*Rat. h. l.*; *Coniect.* 3, 5). Anche nel § 8 è rilevabile l'opera dei bizantini. *Idem iuris est; si mandatu fideiussoris cum reo egissem quia [sequenti mandato] (litiscontestatione) liberaretur ex priore causa.* Il fideiussore che dà mandato al creditore di escutere il debitore è tenuto, in base al mandato, per quanto il creditore non abbia ottenuto escutendo il debitore. Ma tale sua obbligazione che deriva dal mandato si sostituisce alla obbligazione fideiussoria perchè questa, in diritto classico, si perime contestando la lite con il debitore principale.

Giustiniano (C. 8, 41. 28) ha abolito l'effetto consuntivo della contestazione di lite per il fideiussore: questa è la ragione del mutamento operato nel nostro frammento, che dice così un errore perchè il mandato è un atto obbligatorio non liberatorio.

¹⁾ L'agire del mandatario è, invero, determinato dal mandato stesso, e nella persona cui credere *pecuniam*, e nell'ammontare della somma da mutuarci ed, eventualmente, nelle modalità che accompagnino la concessione del credito (ad es., pegni o ipoteche o fideiussori; termine per il pagamento). Poichè il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato in tutte le determinazioni ch'esso contenga, e se non ottemperare incorre nella perdita dell'a. contraria, è, per lo meno, arbitrario l'insistere, come si fa, sulla posizione di *dominus negotii* del mandatario nel *mandatum ut credas*.

²⁾ Cfr. D. 12, 1. 1. 1; e sul significato di credere FÖRSTER, o. c., pag. 4 segg. e ancora HASENHÖRL, *Das oesterreich. Obligationenrecht*², I pag 373²⁸ § 27.

³⁾ O. c., pag. 99 segg.

v. Thur¹⁾, ha creduto di togliere qualsiasi valore al fr. gaiano, dichiarandolo fattura dei Giustinianeî e 1) nella partizione delle categorie dei mandati in sei forme (la quale non avrebbe alcun valore logico e sistematico) e 2) nell'attestazione che il mand. credendi sia un mandatum al. gratia. Ora che nel fr. gaiano l'opera dei Giustiniani sia per più versi rilevabile fu sostenuto dal Mancaleoni²⁾, ma che proprio l'alterazione abbia la portata, e, soprattutto, il valore attribuitole dal Förster, parmi impossibile ammettere; quanto al primo punto perchè tre delle sei categorie del fr. 2 compaiono nelle Istituzioni di Gaio, e le altre tre categorie sono un semplice derivato di queste tre. Contro le quali, posti i principi propugnati dal Förster, si potrebbe pure elevare la critica di scarso valore logico e sistematico ch'egli eleva per la partizione in sei categorie³⁾; la critica di mero contenuto dogmatico non può togliere, invero, la realtà storica della tripartizione (e conseguente partizione in sei forme); quanto al secondo punto, essendosi dimostrato a) che i giuristi romani non costruirono il mandato di credito come un mand. t. gratia; b) che è logicamente possibile di costruire questa figura come un mand. al. gratia, la conclusione del Förster, in quanto neghi che Gaio potè riguardare il mand. ut T.^o credas come un mandatum al. gratia è infondata ed arbitraria⁴⁾.

¹⁾ O. c., pag. 104⁴⁰.

²⁾ O. c., pag. 382 (pag. 18 dell'estr.). Contro FERRINI, *Bull. Ist. d. r.* 13 (1900) pag. 181 segg. D'accordo col Ferrini ma ritenendo che la redazione più conforme alla originale non sia la redazione del Digesto, bensì quella delle Istituzioni giustiniane KÜBLER, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 23 (1902) pagg. 520-521. Cfr. ancora GRUPE, ib. 18 (1897) pag. 219. Contro il MANCALEONI anche il KALB in *Jahresbericht über die Fortschritte d. Klass. Altertumswissenschaft* 109 (1901. II) pagina 63.

³⁾ O. c., pag. 100: 'Das Mandatsschema Iustinians ist die reine Spielerei und sowohl vom logisch systematischen als von historischen (?) Standpunkte aus voll von irreführenden Gedankengängen'.

⁴⁾ Per negare che il mandato possa consistere, nel caso, come m. aliena gratia il FÖRSTER, o. c., pag. 73, ricorre a codesto criterio diagnostico di validità del mandato: nel mandato al. gratia l'atto mandato nell'interesse del terzo può formare il contenuto di un mandato mea gratia; nel mandato di credito ciò non avviene, perchè non rivestirebbe i caratteri di mandato, ma di un pactum de mutando o contratto preliminare di mutuo, la richiesta di una somma per il mandante da parte del mandante stesso. Il ragionamento del Förster è più specioso che vero. Egli propone il seguente esempio: A dà a B mandato di comperare un fondo per C; consiste il mandato di A a B di comperargli un fondo: A dà a B mandato di prestare una somma a C: non consiste il mandato di A a B

*
*
*

8. Conseguo a quanto finora si è discorso: 1°) che si applicano al *mandatum ut Titio credas* le norme proprie del mandato; quindi: 2°) che alcune proprietà del *mand. ut T° credas* non dipendono da una sua particolare struttura, ma piuttosto dal particolare oggetto di esso.

A) Forma. Il mandato di credito si per il conferimento che per l'accettazione è scevro di forme: è, come ogni mandato, contratto meramente consensuale (D. 17, 1. 1. pr.: *obligatio mandati consensu contrahentium consistit*), è dunque indifferente l'uso dello scritto (benchè questo sia il modo più frequente menzionato dalle fonti: D. 17, 1. 56 pr., 59 § 5; 46, 1. 24; C. 4, 35. 7; 8, 40 (41) 22). L'elemento necessario e sufficiente per la sua piena efficacia è, presupposta s'intende la capacità dei contraenti¹⁾, la seria volontà di obbligarsi del mandante e la volontà corrispondente di eseguire il negozio nel mandatario. Nè tale volontà ha ad essere particolarmente qualificata nel senso che il mandante voglia obbligarsi come garante, ed il mandatario si limiti ad accettare tale promessa di garanzia, pienamente libero di eseguire o non eseguire il mandato. In altre parole, il contenuto della volontà mandata non è di obbligarsi come garante (che sarebbe una forma passiva di volere), ma di ottenere la concessione del credito al terzo, ch'è una forma attiva di volontà. La divergenza, per questo rispetto, del mandato di credito dalla fideiussione, risulta da esplicite dichiara-

di prestargli una somma. Ma l'esempio è male scelto. Egli doveva operare con un esempio come il seguente: A manda a B di prestare denaro a C; A manda a B di vendere un suo fondo a C: nè è detto che la volontà mandata in questo secondo caso non sia effettiva. Ancora: A manda a B di procurargli una somma di denaro; B manda a C di prestare una somma ad A: questo di B a C sarebbe (anche per il Förster) un valido mandato; eppure B, col criterio del Förster, non potrebbe mandare a C di prestargli una somma.

Dalle fonti si ritrae indubbiamente questo principio che perchè il mandato consista non è necessario che il mandatario operi come estraneo all'affare mandato ed esplicitamente un'attività in favore del mandante e del terzo che non riguardi anche il suo patrimonio. Basta ricordare l'ammissa validità di un mandato di comperare un fondo di cui il mandatario è comproprietario, anche per la sua quota di comproprietà. (Cfr. n. 39 b).

¹⁾ Particolari incapacità personali trovansi sancite in C. 4, 65. 30 (Theod. et Valent. a. D. 439), 31 (Leone a. D. 458); C. 5, 20. 2 (Giustiniano a. D. 530).

zioni testuali¹⁾. Il mandante è quindi obbligato non per il fatto dell'assunzione espressa dell'obbligazione del terzo debitore come garante, ma per il fatto suo produttivo degli effetti giuridici derivanti dal conferito mandato; l'obbligazione del terzo e la obbligazione del mandante hanno una causa propria profondamente diversa, quella il negozio creditorio, questa il mandato conferito perchè il negozio creditorio venga conchiuso²⁾.

B) l'oggetto del mandato non dev'essere contra bonos mores Cfr. Gai. III, 157. Un frammento del Digesto si riferisce precisamente al mandato di credito:

17, 1. 12 § 11 Ulpianus l. XXI ad edictum (Lenel, 911)

Si adulescens luxuriosus mandet tibi ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem [quia simile est quasi perdituro pecuniam sciens credideris]. Sed si ulterius directo mandaverit tibi ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit.

Il periodo segnato tra parentesi quadre è forse un'aggiunta (glossa postclassica?). La ragione propria per cui è negata l'a. mandati contraria è quella avanzata per la seconda ipotesi 'quasi adversus bonam fidem mandatum sit'; la quale corrisponde all'altra³⁾, ch'è anche in Gaio III, 157 'illud constat si quis de ea re mandet quae contra bonos mores est⁴⁾ non contrahi obligationem'. Escluso che

¹⁾ Cfr. D. 4, 4. 13 pr. ULP. l. XI ad edict.

²⁾ D. 17, 1. 28 ULP. l. XIV ad edict: Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat cedi debere. Erroneamente, quindi, si afferma (BRINKMANN, *Wissenschaftl. prakt. Rechtskunde* (Schleswig, 1831) I pag. 245; ESMARCH, *Grundsätze d. Pandektenrechts* (Wien, 1859) pag. 131; MICHELS, o. c., pag. 57), che il mandante si obbliga alla stessa prestazione cui è obbligato il terzo.

³⁾ Cfr. D. 45, 1. 61; C. 8, 38. 4; D. 17, 1. 22. 6 (turpitudine mandati).

⁴⁾ È, nella fattispecie, contra bonos mores accettare ed eseguire il mandato di un adulescens luxuriosus a favore di una cortigiana. Quella circostanza di fatto è qui decisiva. Può apparir dubbio se il far fideiussione o dar mandato di prestar denaro ad una cortigiana sia, per sé, un oggetto illecito. Certo la cortigiana può validamente obbligarsi (lo dimostra l'intervento di un fideiussore che presuppone un'obbligazione da essa contratta), può ricevere validamente per donazione (che è, sì, inhonesta ma valida affectionis gratia: D. 39, 5. 5), ritiene quanto

si tratti d'incapacità a contrarre dell'*adulescens*, di cui non è questione ¹⁾, il motivo addotto 'quia simile est quasi perdituro pecuniam sciens credideris' è incongruo a dichiarare la *inhonestas* dell'atto ²⁾. Come può influire su la validità del negozio la scienza che colui al quale viene mutuato denaro lo scialacquerà? ³⁾. E proprio questa sarebbe la ragione per cui si negherebbe l'a. mandati (non perchè il mandatario sa di prestare a fondo perduto ⁴⁾; il testo reca infatti non 'perditurus' ma 'perdituro').

C) Gratuità. In mancanza di esplicite dichiarazioni testuali, vale, senza dubbio, il principio generale 'mandatum nisi gratuitum nullum est': D. 17, 1. 4; Iust. 3, 26. 13; Gai. III, 162. Non è da escludersi la promessa di un compenso perseguibile *extra ordinem*. ⁵⁾

D) Oggetto del mandato dev'essere un atto futuro del mandatario; il mandato deve precedere la concessione del mutuo da parte del mandatario al terzo. Un mandato posteriore alla concessione spontanea del mutuo sarebbe inesistente perchè privo di contenuto.

abbia ricevuto (D. 12, 5. 4. 3 ULP., l. 26 *ad edict.*: sed quod meretrices datur reperi non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis; illam enim turpiter facere quod sit meretrix, non turpiter accipere cum sit meretrix). Ora se è negata la ripetibilità perchè v'ha turpitudine in colui che paga la cortigiana, potrebbe forse difendersi che essendovi turpitudine nel fatto di assumere una obbligazione verso o a favore di una cortigiana, non debba essere concessa un'actio per ottenere l'adempimento.

¹⁾ Ma, ciò ammesso, perchè Ulpiano deciderebbe della invalidità con una motivazione riguardante la incapacità dell'*adulescens* nella prima fattispecie; e nella seconda fonderebbe la nullità su una diversa ragione? I Basilici (ed alcuni scolii (18, 19 XIV, 1. 12 HEIMBACH, II, 95) negano l'a. mandati perchè il caso è simile a quello in cui si abbia la concessione di un mutuo a un prodigo conosciuto tale.

²⁾ L'unico esempio che al proposito si possa arrecare (cfr. già l'ANONIMO in Bas. h. l. sch. 21, HEIMBACH, II, 96) è D. 4, 4. 24. 4 (cfr. l. 27 § 1): ma questi passi riguardano la posizione del creditore che ha scientemente prestato denaro a un minore pecuniam consumpturo, di fronte alla restitutio in integrum del minore.

³⁾ Cfr. WINDSCHËID, *Lehrbuch d. Pandekten* ⁹ II § 420, pag. 862⁴... 'aber was die Stelle angeht so gelangt man... zu dem von Niemanden anerkannten Satz, dass kein Darlehen zurueckgefordert werden könne, von welchem der Darlehensgeber wisse dass es ökonomisch schlecht werde verwendet werden.

⁴⁾ In questo senso C. LONGO in *Gturispr. ital.* 53 (1901) p. I, sez. I, col. 101.

⁵⁾ Per un caso di sponsio prestata per compenso cfr. D. 17, 1. 6. 7 e su questo testo BORTOLUCCI, *Actio utilis* I, pag. 41 segg.

D. 17, 1. 12 § 14 Ulpianus, *l. XXXI ad edictum* (Lenel, 911):

(a) Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. (b) Plane si ut expectares nec urgueres debitorem ad solutionem mandavero tibi ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum, debere ad mandatorem pertinere.

a) La recisa affermazione di Papiniano è una prova indiretta ma assai efficace, che il momento giuridicamente rilevante del mandato di credito non è la particolare promessa di garanzia; poichè, se così fosse, non sarebbe apparso illogico ammetterne la validità anche dopo la concessione del credito.

Ciò ha presentato il Sokolowski, il quale, per salvar la sua tesi, s'è industriato a porre in dubbio che il mandato di credito debba necessariamente precedere il credito stesso ¹⁾. E le ragioni ch'egli avanza sono due:

1) il principio che Ulpiano enuncia come di Papiniano non significa se non questo, che il mandato riuscirebbe ad essere privo di contenuto quindi inesistente se l'atto che n'è oggetto sia stato in precedenza compiuto dal mandatario; tale norma vale per ogni mandato (cfr. D. 17, 1. 8. 6.) e non è peculiare del mandato di credito. Nella seconda parte del testo (che si riferisce al mandato di dilazione) Ulpiano pensa che il principio non è infirmato quando l'intercedente assuma il pericolo di una obbligazione già esistente, cioè a dire quando un mandato intercessorio segua alla conclusione del debito principale. In altre parole, per il Sokolowski, l'ammettere la validità del mandato di dilazione implica che l'intercedente (mandante) possa obbligarsi per un debito esistente. Ma l'errore è palese. Nel mandato di dilazione il mandante non assume, se mai, il rischio di un atto già compiuto, sì bene il rischio del nuovo atto che compie il creditore mandatario di concedere una dilazione al suo debitore. Il quale atto, benchè riferentisi a un negozio creditorio già compiuto, è per sè meritevole di particolare regolamento, in quanto possa riuscire dannoso al creditore (a. es. il debitore solvibile fino ad oggi può diventare insolubile da oggi al termine nuovamente concesso per il pagamento).

¹⁾ O. c., pagg. 98-100.

2) Il principio stesso non può avere praticamente la importanza, che gli è stata attribuita da tutta la letteratura del diritto comune, la quale di esso principio ha fatto uno degli essenziali momenti discretivi della fideiussio dal mandato di credito. Come nel jussus, anche per il mandato di credito la ratifica sostituisce la mancata precedente dichiarazione di volontà. Questo è, a mio vedere, un errore, che appare non di rado nella vecchia dottrina, la quale applica la nota (e falsa) regola 'ratihabitio mandato comparatur' perfino al *mandatum tertii gratia*¹⁾.

La ratifica può esser compiuta dal dominus obbiettivo o dal dominus presunto tale dal gestore; ma è un non senso ammettere che la ratifica di un atto che non attiene alla sfera giuridica patrimoniale del ratificante possa far sorgere un rapporto di mandato aliena gratia tra questi e quel Tizio che abbia avuto in animo di gerire un negozio appartenente a persona diversa dal ratificante. Vediamo le ipotesi che si possono presentare:

1) A, intendendo di gerire i negozi di B, vende o compera un fondo per B, esige un credito, paga un debito di B. Che B ratifichi l'atto compiuto da A si comprende. Non si comprende invece che qualora C ratifichi l'operato di A si venga perciò stesso a costituire fra C ed A quel rapporto che sarebbe sorto se C avesse mandato ad A di vendere o comperare un fondo per B, di esigere un credito o pagare un debito di B.

2) A compera, vende un fondo di B, esige un credito o paga un debito di B, ma crede di gerire i negozi di C. C ratifica. Non si potrà dire che con ciò sorga un rapporto di mandato di C ad A in favore di B; perchè A non ha compiuto un negozio a favore di B, ma a favore di C, e non può sorgere ex post un *mandatum aliena gratia* quando nè pure gli elementi, al momento della conclusione dell'atto ne erano in vita. Questione diversa è, se tra A e C siasi, con la ratifica, costituito un tal rapporto per cui A abbia contro C l'a. neg. gest. contraria.

3) A compera vende un fondo di B, esige un credito o paga un debito di B, intendendo di gerire i negozi di B. C aveva ricevuto mandato da B (o era esso pure negotiorum gestor di B) perchè comperasse o vendesse un fondo, esigesse un credito o pagasse un debito

¹⁾ Cfr., a es., I. HENNING BOEHMER, *Consultationes et decisiones iuris* (Halaë, 1734) v. II. Dec. 1038 (che cito dal Sokolowski).

di esso B (o, essendo negot. gestor avrebbe dovuto compiere tali atti perchè ciò richiedeva un'oculata gestione). C non esegue, dopo accettato il mandato di B (o, per negligenza non compie quegli atti come gestore). Qui l'unica questione possibile - e che va risolta negativamente - sarebbe questa: se C, ratificando l'operato di A, possa evitare la responsabilità derivantegli per l'inadempimento del mandato. Ma non sarà sorto tra C ed A un mandato a favore di B, mentre A ha spontaneamente operato come gestore di B.

L'assurdità della regola 'ratihabitio mandato comparatur' applicata al *mandatum ut T^o credas* è intuitiva. A concede un mutuo a B spontaneamente. Una ratifica di C, sia o non sia mandatario o negot. gestor di B, cade nel vuoto e non può in alcun modo essere effettiva. L'unico modo di garantire A sarebbe che C prestasse fideiussione per B. La semplice ratifica non può far sorgere un rapporto di mandato di credere a B perchè si distruggerebbe il principio che il mandato deve precedere l'esecuzione dell'atto che n'è oggetto, e non può far sorgere per sè alcuna obbligazione di garanzia di C ad A.

Se A concede un mutuo a B, credendo che il destinatario della somma sia C, si potrà discutere se e quali effetti abbia la ratifica di C, ma essa non avrà mai l'effetto di porre in vita un mandato di credito, poichè il negozio compiuto da A è in ogni caso diverso da quello ch'è contenuto del mandato di credito (cioè mutuare a C e divenirne creditore).

b) La seconda parte del frammento delinea la figura del mandato di dilazione. Il mandatario già creditore del terzo deve concedergli un ulteriore termine per il pagamento. La validità di codesta forma non è fatta dipendere dalla validità del mandato di prestar denaro: è una figura giuridica autonoma, onde il concedere dilazione al debitore è oggetto congruo di mandato (*aliena gratia*).

Il mandato di dilazione presuppone: 1°) un debito a scadenza (può essere anche che per un debito contratto 'pure' si mandi di concedere un termine). Ove si tratti di un debito a scadenza fissata ma non ancora scaduto, la responsabilità del mandante prenderà vita dal momento della scadenza (al termine di dilazione nuovamente concesso per il pagamento); 2°) che la dilazione non sia già stata concessa spontaneamente dal creditore al debitore, in quanto, se così fosse, verrebbe a mancare il contenuto del mandato; 3°) che il creditore convenga con

il debitore la concessione del nuovo termine di pagamento (a. es. novando la obbligazione, o compiendo un *constitutum* o un *pactum* de non petendo a termine). Un puro prolungamento di fatto (attesa passiva da parte del creditore del sopraggiungere del nuovo termine) non toglierebbe al creditore il diritto di agire contro il debitore. Se così avvenisse il creditore non avrebbe eseguito il mandato nè a lui spetterebbe l'a. mandati contraria. È invece, per quella ragione, che il nostro frammento afferma la responsabilità del mandante per tutto il *nomen*. Il mandato di dilazione può risolversi in un mandato di compiere un nuovo negozio creditorio del contenuto dell'antico e con la variazione o l'aggiunta del termine ¹⁾.

E) All'esame dei rapporti interni ed esterni sorgenti dal conferimento del mandato di credito, pare opportuno far precedere qualche osservazione sulle deviazioni asserite dal mandato ordinario, che si assumono come indice della sua peculiare struttura.

Una prima deviazione si è preteso scorgere ²⁾ in ciò che il mandatario, come *dominus negotii* agisce contro il terzo, per il recupero del suo credito, indipendentemente da un ulteriore mandato ad agire. In realtà ciò dipende dal particolare oggetto del mandato di credito, non da una sua peculiare struttura. Poichè, eseguendo il mandato, il mandatario diviene creditore del terzo, per ciò solo egli potrà agire contro il debitore, essendo codesta una conseguenza del negozio compiuto col terzo e a favore del terzo in conformità del mandato. Non diversamente, a. es., nel mandato '*ut fideiubeas pro Titio*' il fideiussore non avrà condizionato l'esperimento dell'azione in regresso contro il debitore, per cui avesse soluto, da un ulteriore mandato di agire contro Tizio; e pure nel mandato di mutuare per conto del mandante, ove il mutuo sia concluso dal mandatario in nome proprio, questi non dovrà attendere per agire contro il debitore un ulteriore mandato. Il che dipende, del resto, dalla struttura stessa del mandato romano che è senza rappresentanza ³⁾.

¹⁾ Cfr. il cap. V.

²⁾ FÖRSTER, o. c., pag. 41.

³⁾ E così, facciasi, ad *abundantiam*, l'ipotesi del mandato con *negotium proprium* del mandante. A manda a B di vendere il suo schiavo a C; B vende: è obbligato a consegnare il prezzo ad A, ma se il compratore non paghi a lui il prezzo egli potrà intentare l'a. venditi contro di lui senza che sia necessario un ulteriore mandato ad agire. Tant'è che, ove il mandante lo preferisca, potrà farsi cedere

Si assume che il mandatario può disporre del suo credito ad arbitrio ¹⁾: novarlo, cederlo, rimetterlo. Ma il mandatario è astretto al mandante dal vincolo contrattuale, onde se l'esercizio di tali facoltà non sia conforme al contenuto del mandato, il mandante resterà liberato. Anche a considerare il mandatario dominus negotii in rispetto al mutuo concesso al terzo, esso non è tale in rispetto al mandato ch'egli deve eseguire nei limiti della volontà in esso espressa.

Si è ancora affermato che il regolamento delle usure, nel mandato di credito, è in contraddizione con la nota regola (D. 17, 1. 20 pr.) 'apud eum qui mandatum suscipit nihil remanere oportet', che si usa riproporre non correttamente in termini più lati: il mandatario non deve risentire alcun utile dall'esecuzione del mandato. Ove il mandatario abbia stipulato le usure dal terzo, egli le trattiene come creditore.

Se non che anche questo è un puro effetto del negozio compiuto dal mandatario. E, s'è certo che il mandante non ha diritto di ricevere le usure dal mandatario, non è però meno certo che il mandante non sarà tenuto per le usure, sia che il mandato non contenesse alcuna disposizione al riguardo, sia che il mandato determinasse di concedersi al terzo il mutuo senza interessi. Indipendente e diversa è la questione se il mandante sia tenuto per il capitale, ove il mandatario, oltre il tenore del mandato, abbia dal terzo stipulato le usure ²⁾.

Di più non mancano esempi in cui le usure spettano al mandatario, senza che ciò si consideri contraddicente alla regola enunciata. Ulpiano in D. 17, 1. 10. 8 (*l. XXXI ad edict.*) riferisce - aderendovi - l'opinione espressa da Labeone, secondo il quale, ove il procuratore, a cui il dominus abbia mandato di mutuare una propria somma sine usuris, contragga il mutuo a proprio rischio e pericolo (in suo nome) stipulando le usure, non è obbligato a restituirle al suo mandante ³⁾.

l'azione. Non vedo quindi, come, per il mandato di credito, il Förster possa dire dell'azione del mandatario contro il terzo: 'Dieses Klagerecht, das vermöge seiner Selbständigkeit eine ganz ungewöhnliche Erscheinung im Mandatsrecht ist...'; 'diese Selbständigkeit besagt: Kreditmandatar klagt aus eigenem nicht aus fremdem Rechte'. Il mandatario agisce col terzo in base al negozio concluso con lui direttamente.

¹⁾ FÖRSTER, o. c., pag. 41.

²⁾ Cfr. D. 46, 1. 71. 2 e pag. 18^a.

³⁾ Si mandavero procuratori meo ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat videamus. et Labeo scribit restituere eum oportere [etiamsi hoc mandaverim ut gratuitam

Nè maggior valore ha il riflesso che il mandatario non è tenuto, come nel mandato normale, a render conto, perchè ciò solo si comporta con una gestione di affari altrui ed il mandatario gerisce, invece, un affare proprio. Se per resa di conto s'intenda - come non deve intendersi - che il mandatario è tenuto a trasmettere al suo mandante quanto esso abbia acquistato eseguendo l'incarico assunto, è ovvio che, con tale ristretta concezione, il mandatario non può render conto perchè la esecuzione stessa del mandato, per la natura dell'oggetto, lo pone nella condizione di essere creditore del terzo; ma se s'intende - come deve intendersi - che la resa di conto comprenda ogni responsabilità che incomba al mandatario per la esecuzione del mandato, egli è pur tenuto a render conto della esecuzione conforme al mandato.

Nè vedo perchè se spese egli abbia incontrato per la concessione del credito al terzo non abbia diritto non solo al rimborso di esse, ma anche agli interessi ¹⁾. La giustificazione che si dà della negativa è questa, che il mandatario compie un negozio proprio; ma essa è arbitraria. La ragione per cui si deve affermare in lui il diritto al rimborso, è ch'egli non avrebbe compiuto il negozio creditorio, come affare proprio spontaneamente, e si è indotto a credere T.^o pecuniam solo per l'intervento del mandato.

Un testo di Paolo ²⁾ stabilisce che il mandatario, ove abbia da impiegare capitali propri per la esecuzione del mandato - l'esempio è: compera di un fondo per il mandante e pagamento del prezzo da parte del mandatario - possa, con l'a. mand. contr., ottenere che il mandante assuma l'adempimento delle sorte obbligazioni (quindi, nell'esempio accennato, il pagamento del prezzo). Ma non è da dedursi da simili decisioni, sol perchè non applicabili al mandato di credito, che tale negozio non ha natura di mandato. Quando si mandi a Caio

pecuniam daret]. quamvis si periculo suo credidisset, cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati. Il periodo segnato tra [] è assai verosimilmente un'aggiunta; oziosa poichè non è che una ripetizione di quanto è già nella fattispecie (si mandavero... ut credat sine usuris).

Cfr. anche D. 17, l. 10. 3, dove reputo intruso 'sive-sentiat' per evidenti ragioni di forma; quanto al seguente 'legitimo modo', relativo alle usurae 'quae in regionibus frequentantur', esso è noto emblema.

¹⁾ D. 17, l. 12. 9, un frammento largamente rimaneggiato dai compilatori (cfr. già GRADENWITZ, *Interpolationen*, pag. 122); il principio è classico cfr. PAUL. R. S. 2, 15. 2.

²⁾ D. 17, l. 45.

di prestare una somma del suo danaro a Tizio, la esecuzione del mandato consiste appunto e solo in ciò che Caio presti una somma del denaro suo; il che è manifestamente inconciliabile con un diritto di Caio di richiedere - per eseguire il mandato - la somma dal mandante. Non altrimenti, del resto, è a ritenersi nell'ipotesi - anche per il Förster di mandato proprio - che il mandatario debba mutuare una somma propria per conto del mandante.

(Continua).

G. BORTOLUCCI.

“DIES VEL CONDICIO”

La formula dei testi, assunta come titolo di queste note, esprime il risultato di una sistematica equiparazione, il riconoscimento della quale costituisce uno dei più diretti contributi che la critica delle fonti arrechi alla dogmatica del diritto.

Nella compilazione giustiniana si avverte il risultato di un movimento, tendente a ravvicinare il regime giuridico del dies e della condicio, e precisamente il regime dei rapporti condizionali a quello dei rapporti costituiti con termine iniziale.

Distingueremo nei testi alterazioni sostanziali e alterazioni formali, ispirate a questa tendenza; e perchè dalle esigenze critiche non vadano dissociate quelle di una positiva ricostruzione, saranno – sia pur sommariamente – richiamati tutti i testi essenziali per la ricostruzione della dottrina dei giureconsulti classici. Sicchè il lavoro, che per brevità si presenta piuttosto come esposizione di risultati che come l'originaria ricerca, sarà distribuito in quest'ordine: 1° la dottrina del diritto classico; 2° testi che contengono deviazioni da essa, non ricompresi nella precedente restituzione dei principî classici¹⁾; 3° testi che contengono ravvicinamenti emblematici del dies e della condicio senza che per ciò il regime originario dell'uno o dell'altra sia alterato²⁾.

A riguardo degli effetti della condizione sospensiva, nella fase di pendenza, – che è il problema sul quale particolarmente si porterà la nostra indagine – le fonti presentano, com'è noto, una duplicità di soluzioni e di concezioni. Secondo alcuni testi, ogni effetto giuridico si nega al negozio condizionale, fino al verificarsi della condizione; secondo altri, esso crea già nella pendenza un diritto, capace di varie

¹⁾ Nri 28-34.

²⁾ Nri 35-38.

manifestazioni. (Mi limito a richiamare l'esposizione del Girard, Manuel⁵, 474-476). In questa seconda configurazione di natura e di effetti, che vedremo non essere la originaria del diritto romano, la condizione si approssima assai al termine, qual'è regolato almeno nei rapporti obbligatori ¹⁾).

Diritto classico.

Nel descrivere gli effetti della condizione sospensiva, seguiamo, fin dove ci è possibile, l'ordine del Mitteis, *röm. Privatr.* 1, 172 sgg., la cui trattazione costituisce, per data e per indirizzo, la più recente esposizione della dottrina ²⁾).

I. RAPPORTI DI DIRITTO REALE.

1. Statuliber

Labeo ap. Pomp. 7 ex Plaut. D. 31, 11 pr.

Gai 2, 200... exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est; quem constat interea heredis servum esse.

Ulp. 2, 2. Statuliber, quamdiu pendet condicio, servus heredis est. Cfr. 2, 4.

D. 40, 7, 16 Ulp. 4 reg. Statulibera quidquid peperit, hoc servum heredis est.

D. 40, 7, 29 pr. Pomp. 18 Q. Muc.

D. 10, 2, 12, 2 Ulp. 19 ed.

¹⁾ Oltre i testi comunemente citati sul negozio a termine (p. es. GIRARD, l. c. 471 n. 2), ricordo Gai. 4, 130 ad vv. « sane quidem - nulla est » (stipulazione) e Pomp. 3 Q. Muc., D. 35, 1, 1, 1 (leg. per damn.). Interpolato è il preambolo di D. 44, 7, 44, 1, dove si legge « ex die incipit obligatio » (proposizione su cui hanno lungamente discusso i dommatici); sul « circa », non però in questo luogo, BESELER, *Beiträge* 3, 44 sgg. e il mio *Index verborum Iust. Institutionum* (in corso di stampa) col. 27 lin. 8.

²⁾ Calcata su questa la trattazione di VON MAYR, *röm. Rechtsgeschichte* (Leipz. Göschen, 1912), I 2, 89 sg. [Parimenti la più recente ancora di RABEL, *Grundzüge des röm. Privatr.* (Sonderabdr. a. d. HOLTZENDORFF's *Encyclopädie d. Rwiss.*? hrsg. Kohler, I, 1915), p. 112 sg. Nota aggiunta nelle bozze di stampa].

D. 40, 7, 9 pr. Ulp. 28 Sab.

D. 40, 7, 9, 2 Octav. ap. Ulp. (« nam et - potest » intp.?).

D. 29, 5, 1, 4 Ulp. 50 ed.

D. 20, 1, 13, 1 Marcian. l. s. ad form. hyp.

D. 31, 11 pr. Pomp. 7 Plaut.

Cfr. Voigt, XII Taf. 2, 79 sg., Mitteis l. c. 172, n. 20.

Da una disposizione delle XII Tavole (VII 12 Schöll, IV 13 Voigt) relativa allo statuliber, per cui costui venduto dall'erede diviene libero adempiendo la condizione verso la persona del compratore (Ulp. 2, 4; D. 40, 7, 6 Ulp. 27 Sab. §§ 3, 5, 6, 7 [« numquid-consistant » intp.?]; D. eod. 8, 1 Pomp. 8 Sab.; D. eod. 25 Mod. 9 diff.; D. eod. 29, 1 Aristo ap. Pomp. 18 Q. Muc.), si è svolto il principio per cui la condizione si ha per verificata, ogniquale volta l'erede ne impedisca l'adempimento: Fest. s. v. statuliber (Bruns⁷, II 40); Ulp. 2, 5; D. 40, 7, 3 §§ 1, 3, 4, 7, 8, 11, 15, 16, 17 Ulp. 27 Sab.; D. eod. 38 Paul. 1 Ner.; D. 12, 4, 3, 9 Ulp. 26 ed. (intp. Faber-Krü.); e più generalmente (già Trebazio e Sabino) ogniquale volta « per eum non steterit, quominus condicioni pareat »: Ulp. 2, 6; D. 40, 7, 3 pr. (intp.?) § 10 Ulp. 27 Sab.; D. eod. § 12 Treb. ap. Ulp.; D. eod. 20, 3 Sab. ap. Paul. 16 Plaut. Il principio si è poi esteso ai legati condizionali: D. 36, 2, 5, 5 Ulp. 20 Sab.; D. 35, 1, 78 pr. Pap. 9 resp. (che forse originariamente si riferiva solo alla libertà testamentaria, cfr. Lenel 622); D. 31, 34, 4 Mod. 10 resp. (fedecommeso condizionale)¹; indi alle

¹) Non è improbabile che, nei legati, il temperamento per cui la condizione mancata si ha per verificata si restringesse alla ipotesi in cui la condizione manca per fatto del gravato o del suo tutore (quest'ultima ipotesi vedi configurata in D. 35, 1, 73 pr. e 40, 7, 3, 10): e che l'estensione ad ogni ipotesi di deficienza per fatto non imputabile all'onorato (frequente l'esempio tratto dalla condizione « si Seiam uxorem duxerit ») sia un'estensione compilatoria. In questo senso sarebbero interpolati:

D. 36, 2, 5, 5 cit. « aut » « aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere condicioni »; « sed et si - impleatur condicio ». [RABEL, *Grundzüge* *cit.* 502 n. 3: « nicht frei von Interpolationsverdacht ».]

D. 35, 1, 31 Afr. 2 qu. « sed et si - legatum ei debetur »; l'intp. è dichiarata già dal DE MEDIO, *Arch. giur.* 68, 206 sgg., il quale però sembra ritenere sostanzialmente di diritto classico il principio.

D. 30, 54, 2 Pomp. 8 Sab. « sed et si - ad libertatem ». Il testo, dove si considera la deficienza della condizione per caso fortuito, è in netto contrasto con l'insegnamento che si ricava da D. 35, 1, 31 cit., nella parte sicuramente genuina, e da D. 35, 1, 94 pr. Herm. l iur. ep., ad vv. « diversa causa rell. »

istituzioni di erede, e infine ai rapporti obbligatori fra vivi ¹⁾. Il processo di formazione e di estensione della regola, verosimilmente limitata ancora dai classici ad alcuni pochi rapporti, vale a dimostrare come la regola agisse contrastando ai normali effetti dell'atto condi-

(nota la mancata consecutio nei tempi «stetit... quominus perveniat»). Il dubbio dell'intp. anche in SCIALOJA, *Negozi giuridici*² (Lezioni) p. 287?

E non è improbabile uguale origine della analoga estensione in materia di istituzione di erede:

D. 28, 7, 23 Marcell. 12 dig. «non quia - noluerit»; «plerumque - faciat» intp. EISELE-KRÜ. La ragione della soluzione non sta nel principio affermato in queste aggiunte, ma è quella stessa dichiarata da Papiniano nel fr. seguente; nota «ita - quod»!

In D. 28, 7, 11 Iul. 29 dig. e D. 35, 1, 14 Sab. Proc. ap. Pomp. 8 Sab. («et in legato idem iuris esse» intp.), la soluzione può fondarsi sul favore dei testamenti, come anche sulla interpretazione di volontà.

Il principio classico resta in D. 9, 2, 23, 2 Iul. ap. Ulp. 18 ed.: «propter occasionem enim defecit condicio». Il principio opposto è scritto ancora, così in tema di legati come di istituzioni d'erede, in D. 28, 7, 8, 7 Ulp. 50 ed., testo in cui già sono state riconosciute interpolazioni (PERNICE-KRÜ.), e ch'io ritengo per intero compilatorio.

¹⁾ Il processo storico è rappresentato, con qualche alterazione dovuta ai compilatori, del resto riconoscibilissima, nei due seguenti testi, copiati l'uno dall'altro (per informazione della letteratura su di essi, FADDA e BENSA, note al Windscheid I, 957):

D. 35, 1, 24 Iul. 55 dig.

||

D. 50, 17, 161 Ulp. 77 ed.

Dato il rapporto fra le due leggi non ha importanza la mancanza del «non» («condicionem (non) (Mo.) impleri») nella prima (cfr. JAUCHI, *de negationibus Pand. Flor.* 78, 208, SCHULTING-SMALLenburg h. l., ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*⁴ 1, 215 n. 1 e citati ivi). È incerto se il «recte» («quidam recte putaverunt») fosse già in Giuliano. Nel fr. attribuito a Ulpiano sono interpolate le parole «libertatem et», come dimostra il successivo «perducitur», mentre l'estensione avvenne appunto dal campo delle libertà testamentarie (nota il difetto della preposizione «ad», dinanzi a uno dei tre complementi); il «committuntur» («stipulationes quoque committuntur»), già troppo assoluto di fronte al «committi quidam recte putaverunt» di Giuliano, si dimostra interpolato per l'irregolare consecutio temporum che ne deriva («committuntur, cum... factum esset») e per l'illogicità del nesso: «quibus exemplis stipulationes quoque committuntur»! L'origine storica della massima fu già vista e accennata da JHERING, *Esprit* 2, 164 n. 241 (cfr. FADDA e BENSA, l. c. 956 e ivi citati, GIRARD, *Man.*⁵ 476 n. 3). L'estensione al campo delle stipulazioni fu proposta prima di Giuliano, il quale appunto pare ne tratti a riguardo della stipulatio vadimonium sisti (LENEL, *Iul.* 724; Ulp. 1696); D. 18, 1, 10 Ulp. 29 Sab. attesta che l'applicabilità della massima alla compra-vendita era sconosciuta a Labeone (per l'intp. ivi BESELER, 2, 160 e DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα* 280 sg.). Una portata generalissima hanno D. 45, 1, 85, 7 Paul. 75 ed. (LENEL 820 «incertum quo pertineat») e D. 35, 1, 81, 1 Paul. 21 qu. (intp.?).

zionale; e come pertanto non sia ammissibile, da un punto di vista storico, argomentare la configurazione del rapporto condizionale, nel senso che già abbia una certa esistenza il dato rapporto nella fase di pendenza, dal fittizio adempimento accordato nel caso che l'inadempimento dipenda dal fatto di colui « cuius interest condicionem non impleri » o, più generalmente, non dipenda dal fatto di colui a cui profitterebbe l'adempimento della condizione (vedi, di nuovo, per l'opinione generale, Girard, Manuel⁵, 476 sotto il n. 2).

2. Legatum per vindicationem.

Gai. 2, 200. Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius sit. Nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statu liberi,... Sed diversae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.

L'opinione dei proculiani, qui enunciata, riconosce alla condizione l'effetto di tener sospesa la proprietà durante la pendenza. Siamo di fronte a un concetto diverso del negozio condizionale, o, come ritiene il Mitteis (l. c. 173), argomentando dalla fine del § gaiano « quod multo magis-legatum », l'opinione proculiana non ha nulla che fare con la dottrina della condizione, ma non è che una conseguenza di quanto essi in genere ritenevano pel legato di proprietà prima dell'accettazione del legatario (cfr. anche Gai. 3, 195)? Malgrado gli argomenti di verosimiglianza della spiegazione del Mitteis, io credo che l'opinione proculiana vada in verità ricollegata a una diversa dottrina di quei giureconsulti sugli effetti della condizione, e precisamente — col Ferrini (Pand.³ 191 n. 5) — che dipenda da una maggiore intensità di effetti che essi attribuivano al negozio condizionale. M'è argomento l'opinione dei proculiani stessi nella questione sul legato lasciato a persona in potestà dell'istituto erede:

Gai. 2, 244. Sabinus et Cassius sub condicione recte legari, pure non recte putant... Sed diversae scholae auctores nec sub condicione recte legari, quia quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus.

Non si distingue qui fra leg. per vindicationem e leg. per damnationem. Pensa il Mitteis (Stipulation und Legat, in Sav. Ztschr. 32, 19 sg.) che in questa soluzione i proculiani fossero a torto dominati da principî di diritto delle obbligazioni (D. 45, 3, 26). Noi vedremo a suo luogo come di tali diversi principî non si possa parlare in modo generale; e riconosciamo agevolmente nella proposta soluzione la applicazione di una tale concezione per cui la condizione non ritarda oltre la morte del testatore il sorgere di un rapporto fra l'erede e il legatario: valga l'argomento *a contrario* che si ricava dalla spiegazione sabiniana della nullità del legato puro (« licet enim – absurdum esset »).

La dottrina proculiana, da un lato, non rappresenta il diritto romano più antico, perchè di essa non è traccia a riguardo del più antico caso di rapporto condizionale (lo statuliber), e si è manifestata in attinenza al legato condizionale, che pare sia stato riconosciuto soltanto verso la fine dell'età repubblicana (Voigt, Ius naturale etc. 3, 34, Ferrini, Legati 325); d'altro lato, rimase senza seguito nella giurisprudenza classica.

Nella quale è costantemente e largamente attestato che la cosa legata per vindicationem rimane in proprietà dell'erede pendente condizione ¹⁾:

D. 40, 9, 29, 1 Gai. 1 manum.: servus s. c. legatus (sulle parole « sed-fieret » v. in seguito).

D. 30, 69, 1 Gai. 2 de leg. ad ed. praet.: servus s. c. legatus (forse formalmente ritoccato: non corretta la corrispondenza dei tempi fra la protasi e l'apodosi).

D. 29, 5, 1, 4 Ulp. 50 ed.: servus s. c. legatus.

D. 7, 1, 12, 5 Ulp. 17 Sab.: res s. c. legata (cfr. Wlassak, Sav. Ztschr. 31, 275 sg.).

D. 6, 1, 66 Paul. 2 qu.: res vel servus s. c. legati.

D. 31, 32, 1 Mod. 9 reg.: fundus s. c. legatus.

D. 13, 1, 14 pr. Iul. 22 dig.: servus furtivus s. c. legatus (per l'intpz. in questo testo, la quale non tocca questo punto, v. in seguito, nr. 30).

Vat. fr. 58 Paul. 1 man.: usus fructus s. c. relictus.

¹⁾ Cfr. MITTEIS *l. c.* 173 n. 24, 25; 174 n. 27, 28, 29, 31.

D. 7, 4, 16 Ulp. 5 disp.: usus fructus s. c. legatus.

D. 7, 1, 54 Iav. 3 ep.: usus fructus s. c. legatus (« ceterum - debeat » intp.?).

D. 10, 2, 12, 2 Ulp. 19 ed.

Res, quae sub condicione legata est, interim heredum est et ideo venit in familiae erciscundae iudicium et adiudicari potest cum sua scilicet causa, ut existente condicione eximatur ab eo cui adiudicata est [*aut deficiente condicione ad eos revertatur a quibus relicta est.*] rell:

Le parole intercluse accennano a un trasferimento di dominio che sarebbe avvenuto già, pendente condicione. Io ritengo che vadano attribuite a interpolazione, piuttosto che a una glossa, come congettura il Krüger CIC I¹², poichè trovano riscontro nell'alterazione di altri testi, che seguono, in cui lo stesso punto di vista è rappresentato. La duplicità di soluzioni ora prospettata nel fr. ulpiano richiama un'analoga configurazione introdotta dai compilatori nei testi dove si discorre del trattamento dei rapporti condizionali all'effetto del calcolo della falcidia (D. 35, 2, 73, 1; 35, 2, 35, 4; Vassalli, Falcidia stipulatio, Bull. IDR. 26, p. 52 sgg., 60 sgg., 70). Ed è verosimile che per introdurre l'accenno d'una seconda soluzione i compilatori abbiano lasciato cadere la menzione d'un complemento che doveva essere proprio della soluzione indicata dal classico, precisamente l'imposizione di cauzioni ai coeredi, concepite « esistente condicione » a favore di colui a cui fosse aggiudicata la cosa s. c. legata.

D. 35, 1, 105 Pomp. 5 ep.

Si fundum a testatore sub condicione legatum heres alii pendente condicione legavit, post existentem condicionem, quae priori testamento praeposita fuerat, [*neque proprietas a priore legatario recedit nec locum religiosum in eo fundo heres facere nec servitutem imponere poterit: sed et imposita servitus finietur existente condicione.*]

L'interpolazione è evidente. Il testo viene goffamente a dire che la proprietà già ante existentem condicionem si trovava presso il legatario (neque... recedit), insegnamento ben diverso da quello stesso eterodosso dei proculiani; nega, contro altre chiare attestazioni, che l'erede,

pendente condicione, possa imporre servitù e poi dà il contraddittorio insegnamento che la servitù imposta sarà tolta al sopravvenire della condicione. Esso è un chiaro documento della tendenza compilatoria a limitare le facoltà del proprietario pendente condicione, ad affermare, nella fase di pendenza, gli effetti dell'atto condizionato. La direzione del responso classico, tuttora evidente nel complemento « post existentem condicionem », è dimostrata dal confronto con D. 7, 4, 16 e Vat. fr. 58 citt., dove è considerata l'analoga ipotesi di legato da parte dell'erede dell'usufrutto di un fondo, di cui l'usufrutto sia stato condizionalmente legato. Tuttavia il confronto con un fr. di Giuliano, che presenta una sorprendente corrispondenza nella formulazione del caso, potrebbe valere a ristabilire l'alterazione dei compilatori in un altro senso.

D. 30, 81 pr. Iul. 32 dig.

Si fundum sub condicione legatum heres pendente condicione sub alia condicione alii legasset, et post existentem condicionem, quae priore testamento praeposita fuisset, tunc ea condicio, sub qua heres legaverat, exstisset, dominium a priore legatario non discedit.

D. 35, 1, 105 Pomp. 5 ep.

Si fundum a testatore sub condicione legatum heres alii pendente condicione (*sub alia condicione*) legavit, post existentem condicionem, quae priori testamento praeposita fuerat, [*neque*] proprietas a priore legatario (*non*) recedit. [*rell. intp.*].

D. 8, 6, 11, 1 Marcell. 4 dig.

Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si legati condicio existat. videamus, an adquisitae sequantur legatarium: et magis dicendum est, ut sequantur.

La soluzione finale « et magis – sequantur » è conforme ai principi classici; poichè riafferma che l'erede pendente condicione può validamente costituire una servitù a favore del fondo legato. La ragione della forma dubitativa (« et magis dicendum est ») non va ricercata nell'influenza del principio della retroattività che avrebbe rigorosamente portato alla soluzione opposta (e in questo solo rilievo negativo mi pare nel giusto il Mitteis l. c. 173 n. 26, cfr. Wlassak, Sav. Ztschr. 31, 277), ma va riportata probabilmente a un raccorcia-

mento nel testo che abbia tolto il ragionamento con cui Marcello potesse qui giungere a mantenere esistente condizione una costituzione di servitù, che veniva all'opposto eliminata quando fosse a carico del fondo: pei giustinianeî è sufficiente l'intuitiva considerazione del vantaggio del legatario.

Paul. 64 ed. (Lenel 749).

D. 11, 7 de relig. 34

Si locus sub condicione legatus sit, interim heres inferendo mortuum non facit locum religiosum.

D. 40, 1 de manum. 11

Servum, qui sub condicione legatus est, interim heres manumittendo liberum non facit.

Secondo me, la l. 11 de manum. non è che un centone compilatorio del primo testo. Però anche questo non credo renda l'insegnamento genuino, almeno se s'intenda nel senso che l'erede, seppellendo in pendenza della condizione, non può far acquistare al luogo la qualità di religioso. Ciò contrasterebbe coi precisi insegnamenti che l'erede pendente condizione è proprietario e che il proprietario con la tumulazione del cadavere fa religioso il luogo suo (« mortuum inferentes in locum nostrum » Gai, 2, 6; cfr. Marcian. 3 inst. D. 1, 8, 6, 3). Paolo, considerando l'irrevocabilità del carattere religioso, poteva tutt'al più negare la trasformazione del luogo in religioso nell'ipotesi del verificarsi della condizione: configurando nel carattere del luogo una pendenza analoga a quella che vedremo pel servo legato, manomesso pendente condizione legati (approssimativamente, dunque: interim heres (mortuum inferre potest. existente autem condicione legati locus religiosus non fit.)). Ma è anche possibile che il diritto dell'erede non si limitasse dai classici neppure in considerazione della irrevocabilità di una tale disposizione. Nulla più che un dubbio permette D. 36, 4, 15, frammento di cui è incerta fin l'appartenenza e ignorato il riferimento nell'originario contesto (Valens 7 actionum [Venul.? Krüger, Lenel]).

Analogamente l'erede può manomettere il servo legato sub condizione.

D. 33, 5, 14 Iav. 2 ex Cassio.

Si, cum optio servi ex universa familia legata esset, heres aliquem priusquam optaretur manumisit, ad libertatem eum inte-

rim non perducit, servum tamen quem ita manumiserit amittit, quia is aut electus legato cedit aut relictus tunc liber ostenditur.

Non riesce a un risultato diverso D. 40, 9, 3 Gai 2 de leg. ad ed. urb. (l'interp. segnata da Gradenwitz-Krü. non tocca questo punto). Risulta da interpolazione, più verosimilmente che da meno esatta formulazione del classico (così Mitteis l. c. 173, n. 25), D. 40, 9, 29, 1 Gai 1 de manum. ad vv. « sed - fieret » (nota l'errata consecutio temporum).

Forse più radicale ancora era il punto di vista del diritto antico anche riguardo alla manomissione: e una traccia potrebbe trovarsene, in una fattispecie connessa, nel rescritto di Diocleziano e Massimiano, C. 4, 49, 11 (ad vv. « quod si - prohibebatur »).

L'addentellato legislativo di tutte le alterazioni introdotte nei testi ora esaminati è nella cost. 3 di Giustiniano, communia de leg. et fideic. (6, 43). Ivi è solennemente formulata la concezione per cui il diritto dell'erede è limitato così nei legati condizionali come in quelli a termine, così nei legati puri come nei fedecommessi; ivi è enunciata nella forma più assoluta quella retroattività della revocazione di ogni disposizione dell'erede, che si intravede nelle interpolazioni sopra rilevate. Vedi particolarmente i §§. 2 a, 3, 3 a, 3 b della detta costituzione, e su essi Marezzoll, Ztschr. f. Civilr. u. Proz. 9, 291 sgg., 304 sg., Eisele, civil. Arch. 50, 322.

Un'altra constatazione è decisiva per mettere in luce il punto di vista classico nel rapporto che si considera in questo capitolo e in ordine al rapporto giuridico condizionale in generale.

Una cosa legata per vindicationem sub condicione è, pendente condicione, oggetto idoneo di soluzione in un'obbligazione di *dare*.

D. 30, 82 pr. Iul. 33 dig.

Non quocumque modo si legatarii res facta fuerit die cedente, obligatio legati exstinguitur, sed ita, si eo modo fuerit eius, quo avelli non possit. ponamus rem, quae mihi ¹⁾ pure legata sit, accipere me [*per traditionem*] (mancipio) (Lenel) die legati cedente ab eo herede, a quo eadem sub condicione alii legata fuerit ²⁾: nempe agam ex testamento, quia is status est eius, ut existente con-

¹⁾ per damnationem *ins.* LENEL.

²⁾ per vindicationem *ins.* LENEL.

dicione discessurum sit a me dominium. nam et si ex stipulatione mihi Stichus debeatur et is, cum sub condicione alii legatus esset, factus fuerit meus [*ex causa lucrativa*] (ex alia qua causa) (Di Marzo, Bull. 15, 103), nihilo minus existente condicione ex stipulatu agere poterò.

Il testo, che ha formato oggetto dello studio di molti scrittori (v. i citati da Wlassak, Sav. Ztschr. 31, 277 n. 1, ai quali è da aggiungere soprattutto Di Marzo, Bull. IDR. 15, 10, 102 sg.), illustra in esempi la regola per cui « si legatarii res facta fuerit, die cedente, obligatio legati exstinguitur » con la modificazione o piuttosto il complemento (introdotto da Giuliano? Ferrini, Legati 612 n. 3), per cui ciò avviene « non quocumque modo... sed ita si eo modo (facta) fuerit, quo avelli non possit ». Se a me Caio legò puramente per damnationem una cosa, che Tizio per vindicationem legò sub condicione a Sempronio, io, pur avendo, in pendenza della condicione, ottenuta ex alia qua causa la proprietà della cosa dall'erede di Tizio, posso sempre convenire ex testamento l'erede di Caio¹); poichè col verificarsi della condicione la proprietà della cosa passa ipso iure a Sempronio. La soluzione è suffragata col caso parallelo di colui che, avendo stipulato Stico, ex alia qua causa ottenga la proprietà di Stico, il quale è stato condizionalmente legato per vindicationem; il creditore avrà sempre la condictio certae rei, se si verifichi la condicione e la proprietà di Stico passi al legatario.

Nelle due soluzioni c'è un elemento discordante: si potrà agire ex testamento, nel primo caso, immediatamente contro l'erede gravato del legato puro; si dovrà aspettare l'evento della condicione, nel secondo caso, per intentare l'azione contro il promittente. Arbitraria sembra la congettura del Ferrini l. c. 613, che il legatario possa chiedere una cauzione pendente la condicione del legato per vind. di cui è oggetto la cosa a lui data (« nempe agam ex testamento »). Non meno arbitraria la proposta di espungere nel secondo esempio il complemento « esistente condicione », come un emblema (Di Marzo), o come una dittografia (Schlossman, Sav. Ztschr. 29, 295, seguendo Mommsen h. l.): l'emblema, oltre non avere alcun visibile o preciso

¹) La fattispecie è più esattamente parafrasata, in questi termini, dal Di MARZO, lc. 102, che non dal FERRINI, lc. 612.

motivo, è espressamente contraddetto da D. 46, 3, 33 pr., dove Giuliano stesso insegna che chi ha stipulato uno schiavo « habet actionem... si... promissor statuliberum dedisset isque ad libertatem pervenisset ». Il complemento « esistente condicione », rimasto nell'esempio finale, rivela invece, secondo me, l'alterazione compilatoria nell'esempio precedente, la quale è colorita assai bene dall'ormai noto contrasto fra il diritto classico e il giustiniano nell'apprezzamento dei rapporti giuridici condizionali. L'azione ex testamento non doveva essere data al legatario soddisfatto ex alia qua causa con cosa legata condizionalmente per vind., che verificatasi la condizione di tale legato. Il testo doveva dunque suonare: (esistente condicione) agam ex testamento [quia - dominium intp.].

3. Mortis causa donatio.

D. 39, 6, 29 Ulp. 17 ed., ad vv. « et si quidem - vindicare » (l'intpz. finale « potest defendi rell. » Mancaloni-Krü., ora Senn, Études sur le droit des obligations 1, 100 sg., non riguarda il nostro tema).

D. eod. 2 Iul. ap. Ulp. 32 Sab., ad vv. « tertium genus-insecuta » (l'intpz. sospettata dal Biondi, Appunti intorno alla don. m. c. 17, non ha, per questo riflesso, che importanza formale).

D. 24, 1, 11 pr. § 1 Ulp. 32 Sab. (« sed interim - insecuta est » intp. Lenel-Krü.).

Principi, che hanno un valore generale per la tradizione condizionale, sono particolarmente attestati a riguardo della donatio m. c. Saranno pertanto richiamati nel numero seguente.

4. Traditio.

D. 41, 2, 38, 1 Iul. 44 dig., ad vv. « sicut res - exstiterit »; il principio, comunemente affermato, è qui però compreso in un'affermazione assai probabilmente insiticia « hoc amplius - exstiterit ». Pel dogma di una possessionis traditio sub condicione vedi la disputa tra Sell, über bedingte Traditionen 36 sgg., Jhering, Richters krit. Jhbb. f. d. Rsw. 11, 882 sgg., 894 sg., Scheurl, Beiträge z. Bearbeitung d. röm. Rs. II 2, 141 sgg. Per la critica del testo, già Brenemann (Gebauer-Spangenberg h. l.) osservava l'improprietà del plurale « possessiones », che suole dirsi piuttosto delle « ipsae res, et agri » (cfr. Festus [Bruns⁷, II 24-25] s. vv. possessio, possessiones); anche la proposizione finale

non si sorregge, nella correlazione con la precedente, senza un emendamento, che tuttavia non trovo nelle edizioni: « quam (si) condicio exstiterit ».

Traditio dotis nomine:

D. 23, 3, 7, 3 Ulp. 31 Sab. ad vv. « enimvero – eas vindicabit ».

D. 41, 9, 1, 2 Ulp. 31 Sab. ad vv. « et Iulianus – usus (F) quoque [capi] cessabit ».

Vat. fr. 111 Paul. 8 resp. ad vv. « cum vero – nuptiis secutis »

D. 41, 9, 2 Paul. 54 ed.

Traditio rei venditae: vedi i testi al nr. 11, pag. 217.

Donatio m. c. La validità e gli effetti della traditio sono determinati al momento del verificarsi della condizione.

Onde è efficace il trasferimento a persona in potestà del tradente, se esistente condicione tale rapporto non sussista: D. 24, 1, 11, 2 Marcell. ap. Ulp. 32 Sab. Variando lo status familiae del ricevente, acquista costui o l'avente potestà a seconda che il rapporto di potestà sia risoluto o sussista esistente condicione: D. eod. 11, 4–5 Ulp. l. c. Su questi principi particolarmente Enneccerus, Rsgeschäft Bedingung etc. 455 sgg. Che al nostro tema si riferisca D. 39, 6, 22 è, per lo meno, assai dubbio (cfr. Lenel, Afric. 4). A torto il Biondi, Don. m. c. cit. 16, vi richiama D. 39, 6, 44 Paul. 1 man., perchè il testo non riguarda affatto un caso di donazione sotto condizione sospensiva (« ... ut sit locus conditioni »); sulla proposizione finale « sed tamen – non sequitur » Cugia, L'espressione mortis causa 81 sg.

5. Il trasferimento condizionale di proprietà o di altro diritto reale non vincola l'erede del trasferente nè giova all'erede dell'acquirente.

D. 23, 3, 9, 1 Ulp. 31 Sab.

Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? et vereor, ne non possint in dominio eius effici cui datae sunt, [quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit,] (Mo., Lenel) quia pendet donatio in diem nuptiarum et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, [a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est] (?) [sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit aut, si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad

maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata.] (Faber-Krü.).

Il carattere insiticio della proposizione « quia-dedit » o, più generalmente, una corruzione nella parte finale del periodo si rivela nella variazione del modo rispetto ai verbi delle proposizioni coordinate (« incipiat », « pendet », « est »). L'interpolazione « sed benignius-indotata », indubitabile per ragioni di principio e di forma, e generalmente ammessa (vedi gli autori citati in Fadda, *Dir. eredit.* 2, 272 nn. 1 e 2)¹⁾, è una sicura riprova del tenore della sentenza del giurista classico: Ulpiano negava che la tradizione condizionale vincolasse l'erede del tradente.

Il principio è ora contestato dal Mitteis l. c. 169 n. 6: l'argomento di corruzione del testo, ch'egli segnala nelle parole « in dominio effici », se si accolga, è facilmente superabile, espungendo le parole successive a « et vereor, ne non possint (scil. dotis esse) », e comprendendole nel glossema sospettato da Mommsen e da Lenel. Non si vede quali ragioni di verosimiglianza abbia la sua congettura che l'ipotesi originaria del testo consistesse in una *mancipatio fiduciae causa* del costituente a un terzo.

D. 39, 5, 2, 5 Iul. 60 dig.

Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen condicione, ut tunc demum mea fieret, cum Seius consul factus esset: sive furente eo sive mortuo Seius consulatum adeptus fuerit, mea fiet.

Il fr. giuliano è in netta antinomia col precedente²⁾. La verosimiglianza di un' interpolazione in esso, affermata da Enneccerus, Rsge-

¹⁾ Il BRINI, *Di alcune lezioni delle Pandette* (estr. dalle Memorie della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Serie I, Tomo I, 1906-07), pag. 9 sg., vorrebbe limitare l'interpolazione alle parole « aut si - transferri », aspettandosi dai giustinianeî una forma più radicale e risoluta che non il « benignius est », e ravvisando nell'*exceptio doli* di cui alla fine del fr. 7 § 3 eod. già uno spunto dello stesso principio. Ma la forma « benignius est », famigliare ai compilatori, non sanziona meno energicamente il principio, che nell'opera di Giustiniano va integrato appunto in relazione ai testi dal Brini richiamati. E l'identità di motivo nella promessa dell'*exceptio doli* contro la donna che rivendichi le cose date sotto la condizione delle nozze diviene forse argomento di sospetto contro la fine del fr. 7 § 3 (« sed ante - vindicari »).

²⁾ Per la letteratura v. WINDSCHEID, I, § 89 n. 6, anche VANGEROW, *Pand.* ⁷ § 95, p. 148. Tende a negare l'antinomia fra i due testi il BRINI, nella memoria

schäft Bedingung etc. 481, Ferrini, Pand. 193 n. 2, Scialoja, Negozi giuridici² 319 n. 1 (dubitativamente), negata da Mitteis l. c. 169 n. 6, 174 n. 33, non può fondarsi che su ragioni tratte dal trattamento generale della tradizione condizionale e più in generale dei trasferimenti condizionali della proprietà.

È merito dell'Enneccerus, op. cit. 460 sgg., aver fissato in base all'esame del fr. 11 D. 24, 1 Ulp. 32 Sab., relativo a casi di donatio mortis causa fra coniugi, vari principi relativi alla tradizione condizionale, tra i quali, in relazione alla nostra questione, ha particolare interesse quello per cui la tradizione condizionale non consegue il suo effetto se il ricevente muoia pendente condicione (p. 463 sg.; v. anche Fadda, Dir. eredit. 2, 276 sg.).

fr. 11 cit. § 7. Idem Marcellus tractat, si is qui interpositus est, posteaquam dederit mulieri, decesserit vivo adhuc donatore, donationem evanescere, quia debeat aliquo momento interposito¹⁾ fieri et sic ad mulierem transire: [*quod ita procedit, si ea cui donabatur eum interposuit, non is qui donabat. porro si a marito interpositus est, et res ipsius statim facta est et, si ante mortem mariti tradiderit et decesserit, traditio eius egit aliquid, ut tamen haec traditio pendeat, donec mors sequatur.*]

L'esegesi del testo è per noi assai diversa da quella dell'Enneccerus²⁾, pure tenendo fermi i risultati. L'interpolazione finale, dal cui

cit., pag. 8, il quale mette in rilievo la natura della così detta «condicio nuptiarum» in ordine alla donatio per dos di cui si occupa il fr. 23, 3, 9, 1. Essa potrebbe «essere, o raffigurarsi, quasi una impropria condicio; ... raffigurarsi elemento o dato, non già accidentale e secondario dell'atto, ma principale ed essenziale; anzi l'atto stesso in sé, che si voleva e di che si doveva trattare: l'atto, che prima colla nuda traditio era appunto preparato soltanto materialmente, con una detenzione, in rispetto alla natura sua e all'effetto suo, e che giuridicamente soltanto con le nozze si sarebbe avverato». Queste parole ripongono in discussione il significato tecnico di «condizione»; ma a noi pare che non ci se ne diparta ragionando come di dazione condizionale nel caso del fr. 9 § 1 de iure dotium. La fine analisi, riportata, del Brini non si attaglierebbe perfettamente a un qualsiasi caso di donatio mortis causa? e pure non si saprebbe negare che ivi si generi un rapporto condizionale.

¹⁾ «interpositi» SC. GENTIL.-KRÜ. Altri emendamenti in GEBAUER-SPANGENBERG h. l. n. 45.

²⁾ Come l'Enneccerus, FADDA, Dir. eredit. 2, 276 n. 2. È incerta e, secondo me, ugualmente non coglie nel segno l'esegesi del SENN, Études cit. 1, 144; la quale vale bene a rilevare il difetto di tutte le interpretazioni, che non intendano la

riconoscimento trae vantaggio la dimostrazione, non è stata da lui avvertita. Essa con la sua distinzione svisa completamente gli elementi della fattispecie decisa da Marcello.

La decisione del giurista non poggia sul fatto che la persona interposta sia interposta dal marito o dalla moglie, ma sul fatto, dichiarato in tutti i §§ precedenti (cfr. § 2 [« Quando – huiusmodi » intp. Fadda l. c. 275 n. 1, Beseler 3, 72; « idest – moriebatur » intp. Eisele-Krü.), § 6), che l'interposto sia un alieni iuris. Questo spiega perchè la tradizione a lui fatta sia condizionale: l'effetto di essa dipende dalla condizione che l'interposto, morendo il donatore, sia sui iuris, che l'interposto non muoia 'vivo adhuc donatore' (Marcello, se l'inciso è genuino [v. in seguito], pensava dunque a un filius familias)¹⁾. Poichè il principio a cui faceva capo Marcello, che cioè una tradizione condizionale non ha effetto se il ricevente è premorto all'evento della condizione, è superato e cancellato nel diritto giustiniano, i compilatori hanno voluto con la successiva aggiunta variare l'ipotesi del giurista. E precisamente immaginare che la condizione della tradizione all'interposto sia l'evento della morte del donatore (quello stesso evento per cui la donazione alla moglie si configura come 'mortis causa donatio'); e attribuendo questa condizione alla tradizione fatta a persona interposta dalla moglie, hanno voluto restringere la sentenza di Marcello a questa ipotesi: nella quale la sentenza si giustifica coi principi della donatio mortis causa, uguali per questa parte nel diritto classico e nel diritto giustiniano²⁾. Forse, pertanto, le parole « vivo adhuc dona-

genuina ipotesi di Marcello nel senso che la tradizione all'interposto è soggetta alla condizione del divenire sui iuris: perchè, altrimenti, il marito non trasferirebbe la proprietà all'interposto, e gli eredi di costui non sarebbero tenuti verso la donataria alla morte del donatore?

¹⁾ È evidente che qualunque altra condizione fosse stata posta alla tradizione, una cioè non derivante dallo status dell'interposto, la sentenza del giurista sarebbe stata identica: premorendo l'interposto al verificarsi della condizione, la tradizione non avrebbe avuto effetto, e di conseguenza la donazione alla moglie sarebbe caduta nel nulla, 'quia debeat (res) aliquo momento interpositi fieri' perchè il dominio possa passarne alla donna.

²⁾ Il diritto giustiniano mantiene il principio che la premorienza del donatario impedisce la mortis causa donatio; ciò anche nell'ipotesi che il negozio sia configurato come soggetto a condizione risolutiva: D. 39, 6, 29 Ulp. 17 ed. ... sed et si morte praeventus sit is cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori. L'azione reale è compilatoria (MANCALEONI-KRÜ.), ma la sua ammissione non fa che confermare il principio che abbiamo detto. Non è anche da escludere, dati i

tore » sono state interpolate nel primo periodo per caratterizzare nel senso del *negotio mortis causa* la condizione che accompagna la tradizione all'interposto.

Nella seconda ipotesi (« porro si a marito rell. »), si toglie la condizionalità della tradizione all'interposta persona (« *res ipsius statim facta est* »: cosa a cui Marcello non poteva pensare, se l'interposto era *alieni iuris*), e si lascia sussistere quindi una sola condizione, quella del *negotio mortis causa*: pertanto, con concezione e linguaggio del tutto bizantini, si decide che, avvenuta la tradizione dall'interposto alla donna, « *traditio eius egit aliquid* », e precisamente mise in essere un valido negozio condizionale.

Il principio messo in luce per la tradizione non è proprio esclusivamente di questo modo di trasferimento della proprietà. Il Fadda l. c. 273 sg. ha richiamato opportunamente nella nostra questione D. 8, 4, 18 Paul. 1 man.

Il testo, che ha subito qualche rimaneggiamento (cfr. Lenel, Paul. 1000, Gradenwitz-Krü. h. l., Enneccerus l. c. 246 n. 2, 247 n. 1), ammettendo la costituzione di servitù prediale da parte di più condomini mediante separate e successive in iure cessiones, insegna come « *ex novissimo actu etiam superiores confirmentur, perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent* », e precisamente come l'effetto delle singole cessiones anteriori dipenda dalle successive fino all'ultima, al modo stesso che da una tacita condizione (cfr. D. 8, 3, 11 Cels. 27 dig. intp. Ferrini, Eisele-Krü.); « *et ideo si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur* ». La cessione simile alla condizionale non ha dunque efficacia se la volontà non perdura al momento in cui essa deve avere il suo effetto; l'atto del defunto non vincola l'erede.

Si può ancora richiamare, per una fondata analogia,

D. 33, 5, 8, 2 Pomp. 6 Sab.

Unius hominis mihi et tibi optio data est: cum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde tu eundem optaveris, utriusque

rimaneggiamenti del testo, che originariamente l'ipotesi « *sed si morte praevenit sit is cui donatum est* » si riferisse alla donazione sotto condizione sospensiva; la forma dubitativa della sentenza « *adhuc quis dabit rell.* » potrebbe allora essere opera dei compilatori che non sono favorevoli al principio della intrasmissibilità dei rapporti condizionali. Ma è congettura meno probabile.

nostrum servum futurum. quod si ante decessissem vel furiosus factus essem, non futurum communem, quia non videor consentire, qui sentire non possim: [*humanius autem erit, ut et in hoc casu quasi semel electione facta fiat communis.*] (Lenel-Krü.).

L'effetto della prima optio è tenuto sospeso finchè la seconda non sia caduta sullo stesso oggetto (cfr. Theoph. 2, 20, 23); l'effetto dell'optio si verifica a condizione che la prima optio permanga fino al momento in cui ambedue si trovino a coincidere. Ebbene l'effetto manca, se il primo optante muoia o impazzisca prima che sia avvenuta l'optio dell'altro legatario. Gli eredi dell'optante non subentrano nel suo rapporto.

Acquista ora grande verosimiglianza l'ipotesi di interpolazione in D. 39, 5, 2, 5, Iul. 17 dig. Essa può essersi compiuta con la semplice soppressione di un « non »:

... sive furente eo sive mortuo Seius consulatum adeptus fuerit, mea (non) fiet ¹⁾.

6. Intramissibilità del legatum per vindicationem condizionale all'erede del legatario.

D. 36, 2, 5, 2 Ulp. 20 Sab.: data la sede (de optione vel electione legata, Lenel II col. 1079 n. 2), è probabile che il giurista avesse presente particolarmente il tipo di legato per vindicationem.

I. 2, 20, 23.

D. 35, 1, 59 pr. Ulp. 13 l. Iul. et Pap. (§§ 1 e 2 intp.?).

Il principio, scritto in vari altri testi (Ulp. 24, 31; D. 36, 2, 2; 18; 35, 1, 103 etc.), in modo generale pel legatum per vindic. e pel legatum per damnationem, è rimasto nel diritto giustiniano. V. ancora C. 6, 51, c. un. § 7 Iust.

Tuttavia, e ciò è particolarmente saliente pel processo storico da noi illustrato, anche in questo campo, in cui è stata mantenuta, nei rispetti della trasmissibilità, la conseguenza del principio che non v'è rapporto giuridico perfetto ante condicionem expletam, noi cogliamo Giustiniano nell'atto in cui porta una nuova restrizione al principio.

¹⁾ Alcune edizioni, tra cui la Vulgata (cfr. GEBAUER-SPANGENBERG h. l. n. 28), recano « vivente » in luogo di « furente ». Potrebbe anche restituirsi « si[-] vivente eo [-] Seius... - mea fiet »; ma l'ipotesi dell'insania trae probabilità dal confronto di altri testi (p. es. D. 33, 5, 8, 2).

Giustiniano abolisce l'intrasmissibilità del *legatum optionis* (I. 2, 20, 23; C. 6, 43, 3 pr. [cfr. Ferrini, *Legati* 263 sg. e ivi citati], 1; D. 33, 5, 19 Paul. 3 sent., intp. Krü. ¹⁾). Dal nostro punto di vista può rimanere indeciso se e in quanto la giurisprudenza classica introducesse il concetto della condicio nella dottrina del *legatum optionis* (contro Ferrini, *Legati* 266-268); interessante è che Giustiniano, il quale opera la riforma, ritiene la natura condizionale del legato (I. 1. c.): « *Optionis legatum... habebat in se condicionem, et ideo nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat* » ²⁾.

¹⁾ Non solo, però, col KRÜGER *CIC.* I ¹² va restituito il « non », ma va espunto l'inciso « *decedente eo post diem legati cedentem* ».

²⁾ Non si è avvertito che la stessa innovazione i compilatori introdussero rispetto alla stipulazione alternativa con la scelta attribuita allo stipulante.

D. 45, 1, 76 pr. Paul. 18 ed.

Si stipulatus fuerim 'illud aut illud, quod ego voluero', haec electio personalis est, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret: [*in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore*].

Il principio affermato nella parte genuina (cfr. D. eod. 141 pr. Gai. 2 verb. obl.) è esattamente chiarito in relazione al principio « *quae sunt facti non transiunt ad dominum* », D. 35, 1, 44 pr. Paul. 9 Plaut., D. 45, 1, 38, 6 Ulp. 49 Sab., I. 3, 17, 2 (cfr. MÜHLENBRUCH, *Cession* ³ 271 sgg. e PESCATORE, *die sog. altern. Obligation* 246, nei quali è largamente riferita la ricca letteratura sulla legge; di nuovo PESCATORE, *Wahlschuldverhältnisse* 45 n. 3). Il principio affermato nell'aggiunta, in una connessione inopportuna perché per essa si verrebbe addirittura a dire che l'obbligazione e il diritto di scelta si trasferiscono agli eredi del *paterfamilias* e del *dominus*, a meno che vogliasi restringere l'ipotesi al caso che il figlio di famiglia e lo schiavo muoiano usciti dalla potestà rispettivamente paterna e dominicale, si chiarisce inattendibile per diritto classico tosto che si consideri la forma della stipulazione « *quod ego voluero* »: la quale toglie che la condizione della scelta possa verificarsi in persona diversa dallo stipulante, e quindi toglie che, dopo la morte dello stipulante, la stipulazione si commetta.

D. 30, 75, 3 Ulp. 5 disp,

Si quis ita stipulatus 'Stichum aut decem, utrum ego velim' legaverit quod ei debebatur, [*tenebitur heres eius ut praestet legatario actionem electionem habituro, utrum Stichum an decem persequi malit*].

BESELER, *Beitr.* 3, 172 sg. appunta nella parte finale la cessione delle azioni; secondo me l'interpolazione ha una più ampia portata. Morto lo stipulante, la scelta non è più possibile, e dunque l'erede non sarà tenuto a nulla nei confronti del legatario (« *nullum erit legatum* »¹⁾). L'ipotesi di questo § 3 prosegue la serie di quelle dei §§ 1 e 2, nelle quali si ha l'inefficacia del legato. L'interpolazione è parallela a quella di D. 33, 5, 19, citato nel testo.

II. RAPPORTI DI DIRITTO D'OBBLIGAZIONE¹⁾.

7. Ripetizione del pagato per errore pendente condicione.

D. 12, 6, 16 pr. Pomp. 15 Sab.

D. eod. 18 Ulp. 47 Sab.

D. 34, 3, 5, 2 Marcell. not. ad Iul. ap. Ulp. 23 Sab., ad vv. « loco esse - ambigitur » (intp. Beseler 2, 28, 59; 3, 39).

D. 46, 3, 38, 3 Afr. 7 qu., ad vv. « perinde - exstiterit » (rell. intp.?).

Cfr. Girard, 475. Non tocca la nostra dimostrazione l'osservazione del Mitteis l. c. 175 n. 35, che questo principio possa giustificarsi anche dal punto di vista della retroattività.

La ripetizione non ha luogo nel legato per damnationem, per principio « ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse » (L'esame dei testi, ultimamente, nel mio lavoro in corso di pubblicazione « Iuris et facti ignorantia » in Studi Senesi 30, pag. 36-38 nota²⁾).

8. Validità della stipulazione di cosa propria, se esistente condicione essa non appartenga più al creditore (Mitteis l. c. 175 n. 1)³⁾.

D. 45, 1, 31 Pomp. 24 Sab.

Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit.

¹⁾ Il MITTEIS l. c. 177 sg. tiene distinto il legato per damnationem perché ravvisa, a riguardo d'esso, alcune deviazioni dalle regole che valgono per gli altri rapporti obbligatori. A proposito dei diversi testi, dove la differenza è posta (D. 44, 7, 42 pr.; 40, 9, 27 pr.), vedremo se essa in verità sussista per il diritto classico.

²⁾ Noto con piacere che ad identici risultati perviene per quei testi, sui quali ambedue abbiamo portato l'esame, l'EISELE, al quale evidentemente non era noto il mio scritto (*Sav. Ztschr.* 35. p. 35 [D. 12, 6, 2, 1 cfr. *Studi Senesi* l. c. 38 nota], p. 38 [C. 4, 5, 7 = *Studi Senesi* l. c. 42]).

³⁾ Invalidità della stipulazione e della vendita condizionali di cosa extra commercium.

I. 3, 19, 2.

... ac ne statim ab initio talis stipulatio valebit 'Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes?' et similia: quia natura sui dominio nostro exempta in

D. 45, 1, 83, 5 Paul. 72 ed.

... adeo enim cum liber homo promissus est, servitutis tempus spectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: 'illum,

D. 18, 1, 34, 2 Paul. 33 ed.

Liberum hominem scientes emere non possumus. sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est 'cum servus erit', quamvis dixerimus futuras res emi

Marcell. 20 dig.

D. 18, 1 de contr. empt. 61.

Existimoposse me id quod meum est sub condicione <stipulari> [e-
mere, quia forte speratur meum
esse desinere]. (Di Marzo, Bull. 15,
111).

D. 45, 1 de verb. obl. 98 pr.

Existimo posse <me> id quod
meum est sub condicione stipulari,
item viam stipulari ad fundum
posse, quamquam interim fundus
non sit meus: aut, si hoc verum
non est et alienum fundum sub con-
dicione stipulatus fuero isque <ex
alia qua causa> [ex lucrativa cau-
sa] (Di Marzo-Krü.) meus esse
coeperit, confestim peremetur sti-
pulatio, et si fundi dominus sub
condicione viam stipulatus fuerit,
statim fundo alienato evanescit
stipulatio, [et maxime secundum
illorum opinionem, qui etiam ea,
quae recte constiterunt, resolvi pu-
tant, cum in eum casum reccide-
runt, a quo non potuissent consi-
stere] (Di Marzo, ibid. 112).

obligationem deduci nullo
modo possunt.

cum servus esse coeperit,
dare spondes? item 'eum
locum, cum ex sacro reli-
gioso profanus esse coe-
perit, dari?' [quia nec
praesentis temporis obli-
gationem <res> (Mo.) reci-
pere potest] [et ea dum-
taxat, quae natura sui
possibilia sunt, deducun-
tur in obligationem] (Be-
seler I, 111)... et casum ad-
versamque fortunam spec-
tari hominis liberi neque
civile neque naturale est
[nam de his rebus nego-
tium recte geremus, quae
subici usibus dominoque
nostro statim possunt].

posse: nec enim fas est
eiusmodi casus expectare.

Non sapremmo negare la classicità del principio affermato in questi testi:
in verità, però, le ragioni addotte o per la forma o in relazione al principio ap-

Validità del legato (per damnationem) di cosa del legatario, se esistente condicione non sussista questo rapporto.

D. 35, 1, 98. Paul. 3 ad Nerat.

D. 30, 41, 2 Ulp. 21 Sab.

... et si quidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. sed si sub condicione legetur, poterit legatum valere, si existentis condicionis tempore mea non sit vel aedibus iuncta non sit (cfr. § 1), secundum eos, qui et emi rem meam sub condicione et promitti mihi stipulanti et legari (posse) (?) aiunt. [*purum igitur legatum Catoniana regula impedit, condicional non, quia ad condicionalia Catoniana non pertinet*]. (Beseler 2, 59).

Il richiamo alla reg. catoniana, che il Beseler appunta per ragioni formali, è sicuramente compilatorio, come per me rende evidente l'aggiunta di un uguale richiamo da parte di Teofilo in I. 2, 20, 32, dove

pariscono sospette o affatto inadeguate. Nel passo delle Istituzioni è data una ragione che, se potesse valere per il caso della stipulazione di uomo libero, non vale certo per i casi paralleli (« et similia »), precedentemente ricordati nel testo, della stipulazione di cosa pubblica o sacra; la forma « natura sui » è appuntata dal BESELER, *Beitr.* 1, 111 nel periodo corrispondente in D. 45, 1, 83, 5 e, *Beitr.* 3, 131, in D. 46, 5, 1, 4 Ulp. (quivi anche BERTOLINI, *Processo civile* 3, 94 n. 3), da SIBER-KRÜ. in D. 45, 1, 115. 2 Pap. 2 qu. Nel frammento paolino inserito nel titolo de verb. obl. giustamente il BESELER espunge la ragione « et ea dumtaxat - obligationem »; ma non meno disadatta è la precedente « nec praesentis - potest » (anche stilisticamente zoppicante), poiché - come i compilatori stessi sentiranno altrove il bisogno di avvertire - si dà anche l'obbligazione di cose future; e la critica va ripetuta anche per il periodo finale « nam - statim possunt », dove la ragione medesima è data per la stipulazione condizionale dell'uomo libero. La forma, ma nulla più che la forma, rende sospetto anche il periodo precedente « et casum - naturale est »; che ha esatto riscontro nell'altro frammento paolino accolto nel titolo de contrah. empt. Anche qui la forma fa sospettare di tutto il periodo « sed nec - expectare » (« talis »; « fas » fuori del suo uso tecnico, come in altri testi interpolati [D. 24, 1, 3, 1 intp. « sed fas - deliquerunt », Ulp. « et ita divus Severus in liberta P. P. senatoris statuit »] (forse questa stessa intp. è stata vista dal BONFANTE, *Istit.* 5, 179 n. 1); D. 24, 1, 32, 2 intp. BESELER 3, 87]; l'avvertenza scolastica « quamvis dixerimus »).

Tutto ciò non esclude che l'intervento compilatorio si restringa alla inserzione del principio in luoghi dove originariamente non era, e alla aggiunta delle motivazioni dell'invalidità. Per l'invalidità stanno ovvie ragioni morali e d'ordine pubblico, che può aver sentito anche la giurisprudenza classica.

si tratta l'analogia questione del legato condizionale al servo dell'erede, e dove nè Gaio 2, 244 nè Ulpiano 24, 23 facevano cenno d'una eccezione a quella regola (cfr. Clerici, Arch. Giur. 77, 452). Così, secondo me, spetta a Triboniano per intero il § 2 del fr. 1 de reg. Cat. (34, 7) Cels. 35 dig. « Item si tibi – decessisset », la cui forma contorta e infelice diede luogo a molti dubbi fra gli interpreti ¹⁾.

L'inciso « secundum eos – aiunt », se pure non è compilatorio, nei compilatori essendo manifesta la tendenza a porre in dubbio o a rappresentare come eccezioni tali apparizioni della dottrina originaria della condizione (cfr. l'intp. in D. 18, 1, 61 e su D. 45, 3, 26 le riflessioni che seguono), è ancora documento di un dissenso nella giurisprudenza classica: e, secondo me, precisamente di una diversa risposta che anche a tale questione dessero i proculiani in conformità della diversa loro dottrina sul negozio condizionale (ricorda quanto abbiamo scritto a pag. 196 sg. e vedi di seguito Gai. 2, 244).

9. Validità del legato a persona in potestà dell'erede, se esistente condizione tale rapporto più non sussista.

Gai. 2, 244.

Ulp. 24, 23.

I. 2, 20, 32.

Theoph. ibid.

La diversa opinione dei proculiani, menzionata da Gaio, non ha prevalso nè nella giurisprudenza classica, nè nella compilazione.

10. Invalidità della stipulazione condizionale di usufrutto da parte del servus hereditarius?

Paul. 1 man.

Vat. fr. 55.

D. 45, 3 de stip. serv. 26.

Usus fructus sine persona esse non potest et ideo servus hereditarius inutiliter usum fructum stipulatur. Legari autem ei posse dicitur, quia dies eius non cedit

¹⁾ Vedi ARNDTS, continuaz. di Glück XXX-XXXII § 1519, ed. ital. p. 151 sgg. e ivi FERRINI. ANCORA CLERICI, l. c. 446 sg.

statim, stipulatio autem pura subspendi non potest. Quid ergo si sub condicione stipuletur? Videamus ne nec hoc casu valeat, quia (quam V) ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit.

Nec hoc casu valeat stipulatio, quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit.

Il confronto del testo dei Digesti con quello conservato dal ms. vaticano è istruttivo. Paolo poneva una questione (« videamus ne... »); questione poteva esservi, poichè non si tratta infine che di un'applicazione di quei principi su cui s'erano divisi proculiani e sabiniani. Noi non sappiamo come Paolo la risolvesse, poichè il compilatore vaticano ha avuto la stessa fretta di tagliar corto che Triboniano. Ma questi taglia per modo che non è dubbia la volontà giustiniana di far prevalere l'invalidità della stipulazione: il congiuntivo interrogativo del fr. vaticano ha acquistato nei Digesti un valore imperativo ¹⁾.

¹⁾ 10 bis. Non credo sia necessariamente da riportare alla dottrina della condizione il principio per cui la persona alieni iuris stipulando sub condicione acquista l'azione all'avente potestà, anche se esistente condicione il rapporto di potestà sia cessato.

D. 45, 1, 78 pr. Paul. 62 ed. (= D. 50, 17, 144, 1 [l. gem.]).

D. 45, 3, 40 Pomp. 33 Q. Muc. (« si tamen - fecerit » intp. BESELER 1, 112, a cui aderisco; contro l'ipotesi dell'intp., precedentemente, DI MARZO, *Sui libri di Pomp. a Q. M.* 114).

D. 50, 17, 18 Pomp. 6 Sab. (forse ritoccato nella forma).

D. 37, 6, 2, 3 Paul. 41 ed.

(Non sufficientemente dimostrato mi sembra l'insegnamento del SENN, *Études cit.* 1, 63 n. 2, 140, che la regola non si applichi alle stipulationes mortis causa).

L'opposto vale pel legato, che si acquista all'onorato, se questi è sui iuris esistente condicione.

D. 50, 17, 18 cit.; D. 37, 6, 2, 3 cit.; D. 36, 2, 14, 3 Ulp. 24 Sab.; D. 42, 4, 11 Paul. 8 Plant.; D. 36, 3, 7 Paul. 2 man.; Cod. 6, 46, 6 Diocl. Max., etc.

V. anche D. 39, 6, 35, 7 Paul. 6 l. Iul. et Pap.

Precisamente non credo che il principio ripetutamente insegnato per la stipulazione non sia conforme al modo originario di considerare il rapporto condizionale, e che esso rappresenti un trionfo, per questa parte, della dottrina proculiana: così FERRINI, *Pand.* 191 n. 1. Credo che il trattamento non avrebbe potuto essere diverso, anche prescindendo dal principio, non prevalso nella giurisprudenza classica, della retroattività, in omaggio al principio del diritto di famiglia romano, per cui la persona in potestà stipulando non è che la voce del dominus o del pater (« qui in alicuius potestate est... patris vel domini voce loqui videtur »

11. Il perimento della cosa pendente condicione impedisce il formarsi del contratto di compravendita (cfr. Girard, 475).

D. 18, 6, 8 pr. Paul. 33 ed.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. [*et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio*]¹⁾: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si extiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. [*quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si extiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum.*] quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. et quod pretii solutum est repetetur [*et fructus medii temporis venditoris sunt*] [*sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur*]²⁾ si pendente condicione res extincta fuerit: [*sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.*]

I. 3, 20, 13; «filii vox tamquam tua intellegitur...» I. 3, 20, 4; D. 45, 1, 45 pr.; D. 39, 2, 42, etc.); presentandosi il figlio sui iuris o lo schiavo liberato come titolari dell'azione si avrebbe un mutamento negli elementi originari del rapporto, che non è tuttavia fondato su un fatto che giustifichi il trasferimento. Questo punto di vista, riguardo alla stipulazione, è nettamente posto da EISELE, *civ. Arch.* 50 (1867) 290 sg. Per quello che riguarda il legato hanno piena applicazione i principi propri del rapporto condizionale, poichè l'avente potestà non ha, rispetto all'attribuzione del legato, quella posizione di soggetto diretto e immediato che ha nel contratto delle persone in potestate.

¹⁾ Dubito che questa determinazione degli elementi pei quali «perfecta est emptio» sia un'esercitazione dei compilatori. Mi muove il fatto che la formula «appareat quid quale quantum sit», mutuata dalla definizione della *certa res* in tema di stipulazione (D. 45, 1, 74; 75 pr.), male si adatta a determinare il momento del passaggio del pericolo nella compra-vendita, quando oggetto del contratto sia una data parte di una massa (p. es. D. 18, 1, 35, 7; 18, 6, 5 in p. Eisele-Krüger; C. 4, 48, 2); nè trovo più concludenti i confronti coi quali cercai di spiegare il testo in *Studi Senesi* 26, 149. D'altra parte si noterà come la questione, non proseguita nel testo, spezzì ed intralci, piuttosto che non completi, lo sviluppo naturale del pensiero del giureconsulto. Formalmente turbano la mancata coordinazione dei modi «appareat» «venit» e l'anafora «sit» «sit» (correzioni nella F).

²⁾ «sicuti-peremuntur» glossa, BESELER, *Beitr.* 2, 57-58. L'improprietà del paragone fu già osservata anche dal BECHMANN, *Kauf*, II 2, 402.

Le varianti della Vulgata e di Aloandro vedi in GEBAUER-SPANGENBERG h. l. n. 59 e in SCHULTING-SMALLENBURG h. l. III 464.

Il principio che interessa è quello espresso nelle proposizioni « et quod pretii solutum est repetetur [—], si pendente condicione res extincta fuerit ». Nello stesso frammento sono rappresentati peraltro principî assai diversi e non armonizzanti tra loro. Ch'esso abbia patito per intervento dei compilatori si è già genericamente osservato (Bechmann, Kauf II 1, 398 sg.). I risultati critici da noi segnati permettono di porre a confronto i principî classici e i principî giustiniani.

Per l'inesistenza della compravendita fino al verificarsi della condizione sta, oltre la ammissione della *condictio* del prezzo in caso di perimento della cosa pend. cond., l'esclusione dell'*usucapio pro emptore*, in caso di tradizione della cosa pend. cond. — considerata evidentemente l'ipotesi del successivo verificarsi della condizione — (ugualmente in D. 18, 2, 4 pr. Pomp. ap. Ulp. 28 Sab. [per una possibile alterazione di forma, Beseler, Beitr. 1, 85], 41, 4, 2 §§ 2, 3 Paul. 54 ed. [« sed videamus — implebitur » intp. ?]). La attribuzione dei frutti al venditore nell'ipotesi di perimento pendente condizione (« et fructus — sunt »), mentre inquadra negli stessi principî (cfr. anche D. 18, 2, 4 pr.), è qui probabilmente intrusa: si noti la sconcordanza dei tempi « repetetur » « sunt » « extincta fuerit » ¹⁾).

L'esistenza è invece riconosciuta dove si ammette la trasmissibilità del rapporto agli eredi, e dove si attribuisce al compratore il danno del deterioramento avvenuto pendente condizione. Del primo di questi principî si discorrerà particolarmente in seguito.

Del secondo principio sarei egualmente tratto a negare la classicità: malgrado la dimostrazione di alcuni scrittori ch'esso possa anche conciliarsi con la mancanza di effetti retroattivi della condizione (Ferrini, Pand.³ 193; cfr. pure Beseler, Beitr. 3, 200); se non fosse la conferma ch'esso pare trovare in

Vat. fr. 16 Pap. 3 resp. *Vino mutato periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicione(m) em-*

¹⁾ Agli stessi principî si riporta il seguente frammento, dov'è pure presupposta un'esecuzione della vendita pendente condizione:

D. 21, 1, 43, 9 Paul. 1 ed. aed. cur.

Si sub condicione homo emptus sit, redhibitoria [*actio*] (Mo.) ante condicionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta (est) emptio [*arbitrio iudicis imperfecta* (*perfecta HAL.*) *feri non potest*:] et ideo [*etsi ex empto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit*,] expleta condicione iterum agi poterit.

Probabilmente deriva da emblema la generalizzazione delle ipotesi contenuta nell'ultimo periodo.

ptionis inpleta(m) id evenerit. quod si mille amphoras certo pretio corpore non demonstrato vini vendidit, nullum emptoris interea periculum erit.

La correzione, dubitativamente proposta dal Mai (iuris civ. anteu. reliquiae ineditae ex cod. rescr. vat., Romae 1823, p. 4 n. d), fu risolutamente accolta dal Mommsen (iuris anteu. fragm. quae dicuntur vat., Bonnae 1861, p. 5 n. 4) e così nelle successive edizioni. Essa pare veramente imposta dalle esigenze logiche e grammaticali del periodo. Non ci si può peraltro esimere dall'osservare quanto sia strano l'aggruppamento di tali due ipotesi « ante diem pretii solvendi » e « ante condicionem emptionis inpletam »: che cosa mai può togliere alla perfezione della vendita il procrastinato pagamento del prezzo? ¹⁾ A parte l'oscurità lasciata dalla lezione del codice, la proposizione « quamvis - evenerit » non apparisce davvero degna di un maestro del diritto. D'altra parte poi l'insegnamento del testo è posto nella contrapposizione di ciò che avviene, pel periculum deteriorationis, quando l'oggetto della compravendita è specificatamente determinato e quando esso è genericamente determinato: gli elementi contenuti nella proposizione « quamvis - evenerit » turbano la evidenza del raffronto. Di più: c'è un testo, della cui genuinità non vedo ragione sufficiente o anche indizio per dubitare, nel quale il regime del periculum nella compravendita a peso o misura (è noto come qui al compratore non si trasferisca il peric. deteriorationis, fino a operazione di peso o misura compiute, C. 4, 48, 2, 1; 4, 49, 12), è riportato alla considerazione che tali operazioni influiscono come la condizione sulla perfezione del contratto:

D. 18, 1, 35, 5 Gai 10 ed. prov.

...Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac

¹⁾ Su questo inciso « quamvis ante diem pretii solvendi... id evenerit » non ragiona affatto lo SCHULZ, *Lusignanis custodia Forschungen*, in *Krit. Vjahresschr.* III F. 24 (1912), 71 sg.; mentre mi pare ch'esso infirmi d'assai la forza probante del testo per la tesi difesa dallo Schulz, secondo la quale, anche prima della perfezione del contratto, il caso di forza maggiore è sopportato dal compratore.

Secondo me, le intpz. segnate da questo scrittore in C. 4, 48, 2 (l. c. 73), se anche probabili, non hanno che importanza formale; e così penso di quelle in D. 23, 3, 10, 5.

condicione videtur fieri, ut ¹⁾ in singulas metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris.

Di conseguenza, senza ch'io osi formulare qualesia che vada oltre un semplice dubbio, io faccio considerare se il testo papiniano in Vat. fr. 16 non sia stato guasto da un' inabile glossa: il ms. conserva, in un contesto assai dubbio, un ablativo « condicione emptionis impleta », che potrebb'essere il residuo e la traccia d'un opposto insegnamento.

In ogni altro testo si trova attribuito al venditore il *periculum* fino al verificarsi della condizione: p. es. D. 18, 6, 10 Ulp. 8 disp.; 18, 2, 2, 1 Iul. ap. Ulp. 28 Sab.; 23, 3, 10, 5 Ulp. 34 Sab. (v. le alterazioni formali segnate da Beseler 2, 58); Vat. fr. 23 = Cod. Iu. 4, 48, 5 Diocl. Max. E « periculum » è tale espressione che comprende così l'evento del perimento come quello del deterioramento della cosa: e solo dalla particolare ipotesi a cui si riferisce viene colorita in un senso o nell'altro ²⁾.

12. L'accettillazione di debito condizionale non libera pendente condicione ³⁾.

Sulla probabile più antica regola, Mitteis l. c. 175 n. 38.

¹⁾ È anche possibile che per omoeoteuton sia caduta qualche parola: vedi la congettura di MOMMSEN h. l.

²⁾ Il Codice civile francese, art. 1182 comma 3° (a differenza del nostro, articolo 1163, comma 4°), concede al creditore condizionale di domandare, se lo creda, la risoluzione del contratto in caso di deterioramento avvenuto senza colpa del debitore. I lavori preparatori dimostrano che, discostandosi dall'insegnamento delle fonti giustinianee, riprodotto anche dal POTHIER, *Oblig.* n. 219, si volle tenere rigorosamente ferma la conseguenza del principio che l'obbligazione sotto condizione sospensiva non spiega effetto prima del verificarsi della condizione, e quindi la cosa resta a rischio del debitore: BIGOT-PRÉAMENEU (*Exposé des motifs au Corps législatif*) e FAVART (*Rapport au Tribunat*), in FENET, *Travaux préparatoires*, XIII, p. 243 e 326.

³⁾ L'accettillazione condizionale è nulla (D. 46, 4, 4 Pomp. 9 Sab.), anche se la condizione (la quale non sia quella del nascere del debito: vedi nel testo) non sia formalmente espressa. Nella sua forma generale sembra dire cosa diversa D. 50, 17, 77 Pap. 28 qu., ad vv. « nonnumquam tamen adferunt »; ma che questa affermazione sia dei compilatori rivela il confronto con Vat. fr. 329, dove Papiniano stesso pone il contrario insegnamento. L'intp. verosimilmente procede da « nonnumquam » alla fine; ma l'esempio arrecato di validità dell'acceptilatio è corretto anche dal punto di vista del diritto classico. Interpolata, nello stesso senso di riconoscere l'efficacia di una accettillazione condizionale, quando tacita-

D. 46, 4, 12 Pomp. 26 Sab.

Quod in diem vel sub condicione debetur, acceptilatione tolli potest: sed ita id factum apparebit, si condicio stipulationis exstiterit vel dies venerit¹⁾.

D. 50, 17, 77 Pap. 28 qu., ad vv. « nam si - exstiterit »: vedi però la nota 3 alla pagina precedente.

D. 46, 3, 16 Pomp. 15 Sab.

Sub condicione debitori si acceptum feratur, postea condicione existente intellegitur [*iam olim*] liberatus . et hoc etiam si solutio re (rei *F*²) fiat, accidere Aristo dicebat . scripsit enim, si quis, qui sub condicione pecuniam promisit, dedit eam ea condicione, ut, si condicio exstisset, in solutum cederet, existente condicione liberari eum, nec obstaré, quod ante eius pecunia facta est.

È facile ricondurre questo testo al dettato genuino: l'affermazione della retroattività dell'accettilazione, già contrastata malgrado le parole del testo da alcuni scrittori (Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung, 15, Eisele, civil. Arch. 50, 301 sg., Wendt, die Lehre vom bedingten Rsgeschäft 54 sg.), è dovuta ai compilatori che della retroattività hanno introdotto altre dichiarazioni. Tanto più apparisce qui spuria al confronto della successiva citazione di Aristone, che dimostra come anche il pagamento, pendente condicione, non liberi il debitore

mente sia concepita la condicione, al di fuori della ipotesi detta, è secondo me D. 23, 3, 43 Ulp. 3 disp.: alcune intp. sono già state riconosciute nei §§ 1 e 2 (PERNICE-KRÜ.) per altre considerazioni; nel pr. sono intp. le parole « nec nuptiae secutae », « non secutis nuptiis »; nel § 1 le parole « quotiens-sequetur » non sono che una geminazione dell'insegnamento precedente determinata dall'intento di soggiungere la limitazione contenuta nell'inciso già ritenuto emblematico; nel § 2 ugualmente intp. le parole « secutis nuptiis », « et secutis nuptiis », se pure tutto il paragrafo non è emblematico, come sicuramente sono tali le soluzioni date pel debito a termine (« sin vero - renovanda est ») e pel debito condizionale (« similitique - numerantur »): ammetteva forse il diritto classico un effetto liberatorio dell'accettilazione antequam condicio exstiterit vel dies venerit?!

¹⁾ I Basilici (XXVI 6, 12, Hb. III, 152) non riproducono il periodo « sed ita venerit ». È un segno appariscente della tendenza bizantina (variamente risultante in alcuno dei testi che seguono, v. alla nota precedente D. 23, 3, 43 § 2) a riconoscere qualche effetto all'acceptilatio pendente condicione.

Accettilazioni di debiti condizionali si trovano in D. 18, 4, 19 Iul. 25 dig. (compravendita, cfr. n. 30) e D. 36, 2, 19, 3 Iul. 70 dig. (liberatio legata, cfr. n. 26, pag. 241 in nota).

(cfr. D. 45, 1, 38, 16). Forse un accorciamento o altrimenti un adattamento è avvenuto nel periodo « et hoc etiam – Aristo dicebat ». Inutile mi pare il supplemento finale proposto da Mommsen; nel quale, in ogni caso, è da respingere la nozione della retroattività: la ragione della efficacia liberatoria della dazione pendente condicione è nella particolare convenzione che l'accompagna.

D. 46, 4, 13, 6 Ulp. 50 Sab.

Sull'interpretazione del testo, decisivo pel regime classico che qui illustriamo, Mitteis l. c. 177 n. 43.

D. 46, 1, 72. Gai 3 de verb. oblig.

Si [*fideiussori*] <sponsori *vel* fidepromissori?> (Lenel) sub condicione obligato 'si navis ex Asia venerit' [*quem sub hoc modo accepi, ut usque ad tempus vitae suae dumtaxat obligaretur,*] (Lenel-Krü.) pendente condicione acceptum latum fuerit et is [*fideiussor*] <sponsor *vel* fidepromissor?> adhuc pendente condicione mortuus fuerit: confestim a reo petere possum, quia existens condicio neque obligationem in personam iam mortui efficere neque acceptilationem confirmare possit.

Il frammento insegna due cose: a) che l'acceptilatio non produce alcun effetto pendente la condicione del debito accettitato, per modo che il creditore, che ha accettitato al garante ricevuto sub condicione, conserva integro il suo diritto contro il debitore principale (cfr. D. 46, 4, 13, 7); b) che il debito condizionale non è trasmissibile agli eredi. Alla mutazione di quest'ultimo principio, su cui ritornerò particolarmente più oltre (nr. 26), mi pare da ricondurre l'intp. « quem – obligaretur »; diversamente da Lenel, Paling. I col. 265 n. 1, il quale la collega con la sostituzione giustiniana del fideiussor allo sponsor o al fidepromissor, all'erede dei quali non si trasmette l'obbligazione, al contrario di quanto avviene pel fideiussor (Gai. 3, 120-121). Se anche nell'originale gaiano fosse stato scritto « fideiussor », com'è possibile, la soluzione del giurista sarebbe stata identica. La ragione finale ha una portata generale « quia existens condicio [...] obligationem in personam iam mortui efficere [...] (non) possit ». È possibile che la seconda ragione « neque acceptilationem confirmare » sia emblematica, come quella che – intesa a dovere la prima ragione – è piuttosto una tautologia della soluzione.

D. 46, 4, 13, 8 Ulp. 50 Sab.

Si legatorum sub condicione relictorum fideiussori dato accepto latum sit, legata debebuntur postea condicione eorum existente.

L'accettizzazione al fideiussore, pendente condicione legati, non produce l'effetto di liberare il reo, effetto che produrrebbe invece l'accettizzazione al fideiussore di un debito puro. Il § seguente insegna che questo trattamento è lo stesso quando si accetta al fideiussore ricevuto per un debito ancora non costituito: « non tamen reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio eius est, liberari potuit ». Non mi pare nel giusto il Mitteis, quando suppone - se ben l'intendo - che l'accettizzazione, mediante accettizzazione al fideiussore, esclusa pel legato condizionale, sia stata ammessa per la stipulazione condizionale (Sav. Ztschr. 32, 20 n. 1).

13. La novazione di debito condizionale non opera pendente condicione.

D. 46, 2, 14, 1 Ulp. 7 disp. È probabilmente intp., e nella consueta direttiva, l'inciso « licet - videatur ».

D. 46, 2, 8, 1 Ulp. 46 Sab. Forse non sono che una glossa le parole « nam et - exstiterit ». In questo testo è espressamente fatto il contrapposto fra la novazione di debito condizionale e la novazione di debito a termine; per la quale vedi anche fr. 5 eod.

14. La novazione condizionale non estingue la prima obbligazione pendente condicione.

Gai. 3, 179. La diversa dottrina di Servio Sulpicio, qui ricordata, non ebbe seguito nella giurisprudenza classica.

I. 3, 29, 3.

D. 46, 2, 14, pr. Ulp. 7 disp.

Quotiens quod pure debetur, [novandi causa] (Levy-Krü.) sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio exstiterit. et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur. [unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat.]

L'intpz. finale è evidente nel maldestro nesso con cui quel principio è posto col precedente: « unde »! Per l'innanzi si è detto che, se l'oggetto perisce pendente condicione, non ci sarà novazione; il che è rigorosa applicazione del principio che nega ogni effetto alla novazione finchè condicio pendet. Marcello - all'opposto - attribuirebbe alla novazione condizionale l'effetto di purgare la mora intervenuta nella precedente obbligazione. Questa sentenza io ritengo di origine triboniana, come dimostrerò col richiamo di altri testi.

La sentenza che il perimento dell'oggetto pendente condicione impedisca la novazione, oltre che nel precedente D. 46, 2, 14 pr., è scritta - con una eccezione - in

D. 46, 2, 31 pr. Ven. 3 stip.

Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eamdem sub condicione [*novandi animo*] (Grad.-Krü.) ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, [*nisi si per promissorem steterit, quo minus daret.*] ideoque si hominem mihi dare te oporteat et in mora fueris, quo minus dares, etiam defuncto eo teneris: et si, priusquam decederet, cum iam mora facta sit, eumdem a te sub condicione stipulatus fuero et servus postea decesserit, deinde condicio exstiterit, [*cum iam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio quoque fiet*] (novatio non fiet).

L'eccezione posta nel fr. di Venuleio ha tratto all'ipotesi di perimento della cosa essendo intervenuta mora del debitore in base alla stipulazione pura. Questa stessa ipotesi è considerata in altri testi, dove è data una diversa soluzione¹⁾.

D. 45, 1, 56, 8 Iul. 52 dig.: la morte dello schiavo pendente condicione qui impedisce la novazione, e la mora precedentemente verificatasi perpetua la primitiva obbligazione. (Per le ragioni che fanno ritenere si tratti in questo testo di una stipulazione novatoria piuttosto che di una stipulazione accessoria, Fadda l. c. 226 sg.).

D. 46, 3, 72, 1 Marcell. 20 dig.

Cum Stichum mihi deberes et in solvendo moram fecisses, sub condicione eum promisisti: pendente ea Stichus decessit: videa-

¹⁾ I testi sono notissimi per antiche e gravi dispute: per un'accurata informazione di esse si veda il lavoro giovanile del FADDA, *Sulla dottrina della novazione* (Cagliari, 1880) p. 225 sgg.

mus an, quia novari prior obligatio non potest, petitio servi competat ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio. [*sed in promptu contradictio est debitorem, cum stipulanti creditor sub condicione promisit, non videri in solutione hominis cessasse: nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari*].

Si ripete, nel modo più preciso, « novari prior obligatio non potest »; però qui si nega l'azione in base alla prima stipulazione, poichè si ammette che la stipulazione novatoria valga a togliere gli effetti della mora: precisamente come in D. 46, 2, 14 pr., dove Marcello è citato.

Il fr. di Giuliano e la parte sicuramente genuina di quello di Marcello permettono la restituzione del testo di Venuleio, nel modo da noi approssimativamente segnato: il perimento dell'oggetto, anche nel caso di mora rispetto alla precedente obbligazione, impedisce la novazione. Un dissenso rimane sul punto, se la precedente obbligazione si perpetui tuttavia. Giuliano, genuino, e Venuleio, restituito, insegnano di sì. È dunque chiaro che la sentenza attribuita a Marcello in D. 46, 3, 72, 1 e in D. 46, 2, 14 pr. è un temperamento di equità, con suprema ineglantia, introdotto dal compilatore bizantino¹⁾.

15. Ancora della novazione condizionale.

D. 12, 6, 60, 1 Paul. 3 qu.

Ubi autem quis quod pure debet sub condicione [*novandi animo*] promisit, plerique putant pendente <condicione> [*novatione*](?) solutum repetere <eum non> posse, [*quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit*:] idemque esse etiam, si diversas personas ponas eandem pecuniam pure et sub condicione [*novandi animo*] promississe. sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura et condicionali eundem debiturum certum est²⁾.

Le ragioni della restituzione proposta sono evidenti: il classico avrebbe potuto attribuire alla novazione pendente condicione l'effetto

¹⁾ Per l'antinomia di soluzioni, creata nella compilazione, tra D. 46, 2, 31 pr. e D. 46, 3, 72, 1, si osservi che i frammenti appartengono a due masse diverse (Pap. Ed.): cfr. VASSALLI, *Bull. IDR.* 26, 75 n. 2.

²⁾ Inadeguata è la critica formale del BESELER, 2, 57.

di togliere la prima obbligazione? Il « plerique putant » o è determinato dal ricordo della superata dottrina di Servio Sulpicio, che appunto avrebbe portato a tale conseguenza, o introduceva originariamente la seconda parte del testo « idemque esse rell. », ovvero è il dialogismo con cui i bizantini presentano la loro opinione.

Iav. 6 ex post. Lab.

D. 23, 3 se iure dotium 80.

Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futurum ait Labeo. [*falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est*].

eod. 83.

[*Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, non posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est*].

La sentenza di Labeone è perfettamente conforme ai principi che abbiamo riconosciuti propri del diritto classico: egli non tiene alcun conto della promissio soggetta a condizione tuttora pendente. La nota di Giavoleno, se ben si guarda, contiene un'opinione ch'è bensì diversa da quella di Labeone, ma anche da quella opposta che Gaio (3, 179) ricorda come l'opinione di S. Sulpicio: un'opinione per cui la novazione condizionale, pendente condicione, nè toglierebbe la prima obbligazione nè la lascerebbe inalterata, ma trasferirebbe ad essa quel carattere di pendenza ch'è proprio di essa stipulazione novatoria. Una tale dottrina non ci è ormai ignota: essa fa un'apparizione nell'ultimo testo sopra considerato, D. 12, 6, 60, 1: « pendente novatione solutum repetere posse ». Se ne ha sufficiente prova per riconoscere, qui come là, la mano di Triboniano. La forma dell'inciso finale, così nel fr. 80, come nel centone offerto dal fr. 83, soggiunge la desiderabile conferma. I precedenti scrittori hanno dovuto infatti riconoscere che, così com'è, esso non dà un senso accettabile, e proporre la correzione: « quia donec ea promissio in pendenti esset, obligatio in eadem causa est »¹⁾.

¹⁾ SALKOWSKI, *Zur Lehre v. d. Novation*, 449 n. 18; FADDA, *Novazione*, cit. 222 sg. La correzione interpreta correttamente i termini della sentenza triboniana; dove, per altro, nel contesto presente, la « promissio in pendenti » è la originaria che vuol novarsi, e l'« obligatio in ea causa » la promessa di dote ante nuptias. La correzione non può accettarsi poichè il luogo è interpolato.

All' interpolazione si può non riguardare estraneo il favor dotium, al quale è forse da riportare anche la chiusa di D. 23, 3, 7, 3 « sed ante-vindicari » (cfr. pag. 205, nota 1).

La dottrina dei due precedenti testi (D. 12, 6, 60, 1 e 23, 3, 80 [= 83]) si ritrova con maggiori svolgimenti in

D. 12, 1, 36 Iav. 1 ep.

Pecuniam, quam mihi sine condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione: [*cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam conditionem eam mihi spopondisti,*] si pendente condicione petam, [*an*] nihil acturus sum^[2] <—> respondit: non dubito, quin mea (ea Hal.) pecunia, quam ipse sine condicione stipulatus sum, [*etiam*] (Mo.) si condicio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non exstiterit, credita esse permaneant (perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset): [*pendente autem causa condicionis idem petere non possum, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor*].

Molte scorrettezze formali del testo sono già notate nei molti emendamenti proposti dagli editori: vedi soprattutto Gebauer-Spangenberg h. l. e Schulting-Smallenburg 3, 30. Per la proposizione « tamquam-spopondisti » Aloandro propone « tamquam si... spopondisses », e Jensius Stricturae (Rotterdam 1749, p. 104) la riconosce « intollerabilem latine scribendi formam », e soggiunge, in relazione alla sua nota tesi dell'origine delle nostre Pandette, « non operae est omnia huius legis male item versa excutere. tu lege legem, ac per te videbis, si graece scias ». La metamorfosi del testo nel senso approssimativamente indicato dalle nostre parentesi, è provata dal confronto con gli altri testi della materia. La questione a cui si risponde « non dubito-intervenisset » è tutt' affatto distinta e separata da quella posta all' inizio. La ragione proposta nel quesito « cum pendente-spopondisti » è in preciso contrasto con la soluzione « [*an*] nihil acturus sum » (la quale presuppone un agere senza corrispondente actio che venga consumata), e anticipa invece la soluzione compilatoria « pendente autem-videor »: dove è attuato l' altro innovamento, per cui l' agere pendente condicione consuma l' azione. Di ciò in seguito (nr. 28).

D. 46, 2, 24 Pomp. 5 Plaut.

Novatio non potest contingere ea stipulatione, quae non committitur. [*nec huic contrarium est, quod*] (itaque) si stipulatus a Titio fuero [*novandi animo*] (Merkel-Krü.) sub condicione, quod mihi Sempronius debet, et pendente condicione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem condicio exstiterit, novatio [*fle-ret*] (non fiet): [*hic enim morte promissoris non exstinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet*].

Il principio che la morte del promittente pendente condicione novationis non impedisca la novazione è di conio prettamente triboniano: in seguito sarà criticamente vagliato il principio della trasmissibilità ereditaria dei rapporti obbligatori condizionali in genere; valga intanto il confronto con D. 46, 1, 72, in tema di accettillazione di debito condizionale, e D. 46, 2, 14, 1, in tema di novazione di debito condizionale. La restituzione da noi proposta elimina l'asseverazione finale, affatto singolare nelle fonti¹⁾, che l'eredità sostenga la persona dell'erede.

16. L'ammissibilità del costituito di debito condizionale era contraria o esclusa?

C. 4, 18, 2, 1 Inst. (a. 531): « ... (cum) dubitaretur, si pro debito sub condicione vel in diem constituto eam possibile est fieri et si pure constituta pecunia contracta valeret, hac apertissima lege definimus, ut... et liceat pro debito puro vel in diem vel condicionali constitui... ».

È noto come i riferimenti giustinianeî dell'antico diritto non spicchino mai per soverchia esattezza. È probabile che, mentre nelle pa-

¹⁾ Non si ha ancora la stessa formulazione in Cassio ap. Gai. D. 45, 3, 28, 4, richiamato, a fianco del testo di Pomp., dal Di MARZO, *Studi in onore di V. Scialoja* 2, 67, nè una sicura traccia di tale dottrina, quasi contrapposta alla giulianea, si ha in D. 41, 1, 33, 2, richiamato dal FADDA, *Dir. eredit.* 2, 10 (cfr. ivi p. 8 n. 1). Il testo di Pomp. è uscito dall'elaborazione di una commissione diversa (massa editt.) di quella che ha escerpito il fr. 34 de acq. rer. dom. 41, 1 (massa sab.), al quale Ulp. 4 de censibus può anche aver fornito ben poco (cfr. le identiche definizioni in I. 2, 14, 2 e 3, 17 pr.). Del resto l'indifferenza fra le due dottrine, in qualche rapporto, è spiegabile nei giustinianeî, pei quali, infine, l'eredità giacente è persona. [Della genuinità del periodo finale del testo di Pomponio sembra ora dubitare RABEL, *Grundzüge cit.*, 533. Aggiunta nelle bozze di stampa.]

role della sua costituzione sono accomunati debito a termine e debito condizionale, i dubbi si riferissero piuttosto al primo che al secondo. E a quest' ipotesi induce anche l'esame dei vari luoghi dove si commentano o si richiamano le parole dell'editto « eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse » (Ulp. D. 13, 5, 18, 1; Pomp. ap. Ulp. D. h. t. 3, 1 e 11). È pertanto, assai verosimilmente, da riportare a interpolazione¹⁾

D. 13, 5, 19 pr. Paul. 29 ed.

Id quod sub condicione debetur, sive pure sive sub certo die constituatur, [*eadem condicione suspenditur, ut existente condicione teneatur, deficiente utraque actio depereat*]. (Mo. teneat utraque actio, deficiente depereat).

17. I debiti condizionali non cadono nel divieto della lex Cornelia de sponsu.

Gai. 3, 124... pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum cum contrahitur obligatio certum est debitum iri, id est quae sine ulla condicione deducitur in obligationem. Itaque et ea pecunia quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. rel.

A un diverso risultato sembrano condurre D. 45, 1, 59 Iul. 88 dig. e D. 44, 7, 42 pr. Ulp. 21 ed., ambedue originariamente spettanti al commento della legge stessa (Lenel, Iul. 838, Ulp. 649).

Ma in D. 45, 1, 59 l'interpolazione « vel sub condicione » è già stata riconosciuta dal Mitteis l. c. 176 n. 40 (forse intp. anche « alioquin - erit »).

In D. 44, 7, 42 pr. va ugualmente riportato a interpolazione l'inciso « quamvis - esse » (« quamvis » con l'indicativo, « placet » cfr. Bonfante, Storia² 678). Inverosimile è un mutamento della dottrina, tra Giuliano e Ulpiano, al quale Mitteis pensa (l. c. 175 n. 36, 176): Gaio, appunto riferendosi a obbligazioni da contratto, enuncia il principio opposto in modo assoluto, senza neppure accennare a dubbi o discrepanze in proposito; d'altra parte sono troppo noti i nessi fra la dot-

¹⁾ Cfr. l'avvertenza di WENDT, *bed. Rsgeschäft* 62 nota.

trina del legatum per damnationem e quella della stipulazione per pensare a un'innovazione diretta, su questo punto, a un così opposto trattamento ¹⁾. Sono invece note altre interpolazioni parallele, dirette a sussumere il contraente sub condicione nella nozione di creditore (v. p. es. D. 50, 16, 54 *infra*).

18. I debiti condizionali fanno cadere la manomissione sotto la sanzione della lex Ælia Sentia?

I tre testi che abbiamo in proposito riconoscono tutti nell'atto del debitore una manumissio in fraudem creditorum. È questo il diritto classico? Mitteis l. c. 176 intanto esclude che questo sia il diritto più antico, e osserva che le nostre testimonianze non vanno oltre la metà del secondo secolo. Dobbiamo riconoscere che la critica dei singoli testi non offre argomenti decisivi; ma i risultati generali fin qui accertati e gravi argomenti di confronto permettono d'infirmare quelle testimonianze anche pel diritto classico.

D. 40, 9, 27 pr. Herm. 1 iur. epit.

In fraudem creditorum manumittitur liberque esse prohibetur, si[ve] dies solvendae pecuniae iam cessit [*sive in diem vel sub condicione sit debitum. diversa causa est legati sub condicione relict: nam antequam condicio exstiterit, inter creditores legatarius iste non habetur.*] (?) ex omni autem causa creditoribus in hac parte lex Ælia Sentia prospexit, inter quos fideicommissarium etiam esse placuit.

L'attenzione va portata anzitutto sulla successione delle due posizioni

sive dies solvendae pecuniae iam cessit

sive in diem vel sub condicione sit debitum.

Secondo la nozione del dies cedens posta in D. 50, 16, 213 pr. Ulp. 1 reg., pel debito a termine 'dies cessit' già all'atto della stipu-

¹⁾ In D. 46, 3, 21 Paul. 10 Sab. si legge, a proposito di due stipulazioni, rispettivamente di dieci da Tizio, e da Seio « quanto minus a Titio consecutus fuerit »: « denique si totum Titius solverit, nec debitor fuisse videbitur Seius, quia condicio eius deficit ». Se questo inciso finale non è insiticio, e precisamente una glossa (condicio eius deficit per defecerit o almeno defecit), Paolo rafferma l'insegnamento di Gaio: poichè non può pensarsi a un effetto retroattivo della condizione mancata.

lazione, non così pel debito condizionale: la disgiuntiva sarebbe dunque mal disegnata in quanto raggruppa il debito a termine e il condizionale e insieme li contrappone al debito 'cuius dies iam cessit'. Questo rilievo, congiunto all'altro che manca l'accordo tra i verbi delle due proposizioni (« cessit », « sit »), può legittimare il dubbio d'una affrettata alterazione. Non si può però dimenticare che, in tema di rapporti obbligatori, la locuzione 'dies cedit' si trova più volte usata fuori di quel senso tecnico, che conserva nei legati, e cioè come equivalente all'altra 'dies venit' (cfr. Mitteis, Sav. Ztschr. 32, 5 sgg., Sommer, Sav. Ztschr. 34, 394 sg.); e tanto più questo senso è da ritenere nel presente contesto 'dies solvenda pecuniae' (cfr. Heumann-Seckel, Handlexicon⁹ p. 63 col. 1; il nostro luogo è sfuggito al Mitteis nella citata ricerca). Se si crede da espungere nel primo periodo la menzione del debito condizionale, cade senz'altro il periodo seguente « diversa causa habetur ». Quest'antitesi fra il credito da legato e il credito da stipulazione abbiamo ritrovato in modo egualmente netto in D. 44, 7, 42 pr. Ulp. 21 ed., considerato poco sopra; dove l'antitesi è posta per comprendere il credito da stipulazione nel divieto della lex Cornelia de sponsu. Verosimilmente nel fr. di Ermogeniano, sanzionando un altro effetto del credito condizionale, si è voluta proseguire un'antitesi che ha altre apparizioni nelle fonti (acquisto all'avente potestà; collatio bonorum; trasmissione ereditaria). Per la forma non potrebbe appuntarsi che l' 'iste', di cui recentemente si è avvertito l'uso compilatorio¹⁾.

D. 40, 9, 8 pr. Afr. 8 qu. L' inciso 'fideicommissi causa', che comunemente si ammette nato da un errore nello sviluppo delle sigle (v. Schulting-Smallenburg e Krüger ad h. l.), può essere documento di un'alterazione introdotta nel testo: la sigla usata dai compilatori può essere stata diversa da quella dei codici anteriori comunemente sciolta in 'fraudandorum creditorum' (criterio diplomatico (Scialoja) Bonfante, Storia² 689).

D. 40, 9, 16, 4 Paul. 3 ad l. *Æl. Sent.*

Si sub condicione alicui pecunia debeatur, quasi statuliber erit a debitore manumissus, ut pendeat libertas ex condicione.

¹⁾ BESELER, *Beträge* 3, 131 sgg., VASSALLI, *Miscellanea critica* 2. 51, 53, indipendentemente.

Qui apparisce un principio diverso che nei due testi precedenti, e ancor meno credibile. La libertà del servo manomesso in *fraudem creditorum* non sarebbe impedita, ma il servo sarebbe costituito *statu liber*: una simile costruzione non è legittimata in nessun modo dalle testimonianze genuine che abbiamo sulla legge *Ælia Sentia* (Gai. 1, 37, Dosith. fr. 16, cfr. Girard, *Man.* 122 n. 3). Invece in essa è facilmente riconoscibile – al confronto – l'opera di Triboniano: D. 40, 7, 1, 1 « *Fiunt accipitur* », dove l'emblema si coglie per molti segni (forse intp. anche D. 40, 9, 13).

Alle osservazioni proposte sui singoli testi facciamo seguire, a confortare il nostro dubbio, due ragioni ancora: la definizione di creditori, data nel commento alla legge, definizione che, come tutte le altre incontrate in altri temi, esclude il rapporto condizionale (D. eod. 16, 2 Paul. 3 ad l. *Æl. Sent.* « ... *creditores autem appellantur, quibus quacumque ex causa actio cum fraudatore competat* »); l'argomento di analogia che può derivarsi dall'esclusione del debitore *sub condicione*, al pari di quello in diem, dalla nozione del « *fraudationis causa latitans* » (D. 15, 1, 50 pr.).

19. La costituzione di pegno per un'obbligazione condizionale non ha efficacia pendente condicione.

D. 20, 1, 13, 5 Marcian. l. s. ad form. hyp.

Si *sub condicione debiti nomine obligata sit* [*hypotheca*] (res?), dicendum est ante *condicionem* non recte agi, cum nihil interim *debeatur*: sed si [*sub condicione debiti*] *condicio venerit*, *rursus agere poterit*.

Il resto del §, dove si svolge l'ipotesi « *si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione* » è dai compilatori alterato in modo irrecognoscibile (Fehr, *Beitr. z. Lehre v. röm. Pfandrecht* 84). Nella parte riportata, gli scrittori precedenti segnano come interpolate le parole « *sed si – poterit* » (Enneccerus-Krü.; Eisele, *Sav. Ztschr.* 11, 22; Fehr l. c.). L'argomento di natura sostanziale è che ivi non sia riconosciuta la perdita dell'azione in conseguenza della *plus petitio*; ma, come sarà di seguito dimostrato e come già s'è avuto occasione di accennare, i classici non comprendevano come un caso di *plus pe-*

titio (tempore) l'agire pendente condicione¹). La forma contorta e ridondante «sub condicione debiti condicio» si può spiegare con la preoccupazione di differenziare bene la prima ipotesi del testo da quella che di seguito si aggiungeva.

D. 20, 1, 5 pr. Marcian. l. s. ad form. hyp.

Res [*hypothecae*] <pignori> dari posse sciendum est pro quacumque obligatione... et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione... sed et in condicionali obligatione non alias obligantur nisi condicio exstiterit.

Il testo, di cui non abbiamo trascritto che i periodi che ci interessano, ridonda di interpolazioni (Perozzi, Obbligazioni 138-139 nota, Fehr., l. c. 81 sg.); però le ragioni di forma sono insufficienti a far espungere, come Beseler, Beitr. 2, 58, l'inciso finale «sed et - exstiterit», il quale, sicuro nel suo contenuto, può anche essere spettato all'originario contesto di Marciano.

20. Il pegno costituito per un debito condizionale prende grado anteriore al pegno per un debito puro costituito pendente condicione?

D. 20, 4, 11 pr., 1 Gai. l. s. de form. hyp.

Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam [*et accepit hypothecam*] (Fehr-Krü.), quamvis cum alio ante convenerat ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, [*licet ab hoc postea accepit*] (Krü.): poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam²).

1. Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta [*hypotheca data sit*] <pignus datum sit> (Fehr), qua pendente alius credidit pure et accepit eandem [*hypothecam*] <rem?>, tunc deinde prioris (priori *F'*) stipulationis existat condicio, ut potior sit qui postea credidisset. [*sed vereor num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. quod et melius est*].

¹) Inesplicabile, pertanto, ci riesce come il KRÜGER, il quale ha dimostrato che non è un caso classico di plus petitio tempore l'agere ante condicionem (cfr. di seguito al nr. 28), accolga l'ipotesi dell'ENNECERUS nella 11^a e nella 12^a sua edizione del Digesto.

²) Forse l'interpolazione è ancora più ampia di quella segnata, come ritengono gli editori italiani del Digesto h. l., e FEHR l. c. 78.

Io dubito fortemente che la soluzione introdotta con la forma dubitativa «sed vereor» sia dei compilatori. La precisa e netta affermazione della retroattività della condizione verificata «perinde - esset» è tanto più strana in Gaio che, ne' suoi scritti genuini, rappresenta rigorosamente il punto di vista opposto. Forse, anche, il testo cominciava «idem dicendum est, si»; nella quale forma positiva troverebbe meglio il suo appoggio la proposizione finale «ut potior sit qui [*postea*] (*prius*) credidisset» (mi pare probabile che, nel linguaggio di Gaio, «*postea creditit*» lo stipulante sub condizione, «*prius creditit*» colui che pendente condizione creditit pure).

Accanto a Gaio si cita

D. 20, 4, 9 §§ 1-2 Afr. 8 qu.

Decisive ragioni di sospetto, tratte dal testo stesso, contro le esplicite affermazioni ivi contenute della poeriorità del pegno per credito condizionale (si fa eccezione pel caso di credito con condizione in potestà del debitore) non si saprebbero allegare ¹⁾. Pertanto pare conveniente, allo stato della mia ricerca, lasciare in dubbio questo punto. Non senza ricordare che i dogmatici hanno avvertito che il principio può spiegarsi, anzichè in relazione agli effetti della condizione, in relazione alla presunta volontà delle parti (vedi per tutti, Ferrini, Pand. ³ 193) ²⁾.

21. Non si dà missio in bona pel debito condizionale.

D. 15, 1, 50 pr. Pap. 9 qu. ad vv. «nam et - condemnari» (D. 42, 4 7, 15 che, riguardo al latitans convenuto con l'actio de peculio, dà

¹⁾ Certo nel § 1 è imprecisa la forma «cui *postea* quicquam *deberi* coeperit», poichè al creditore condizionale non «coepit *deberi*» che condizione esistente. La stessa locuzione «sub *condicione* *creditor*» non è immune da sospetto: cfr. Gai 3, 124; D. 44, 7, 42 pr.: 50, 16, 54 e la critica di questi ultimi due luoghi (nr. 17 e 22).

Nel § 2 non è molto elegante la successione delle proposizioni (si *convenisset* - *dedit* - *exstitit*; et *postea* - *ac post*), ma questo non sorprende in Africano; più notevole può essere la circostanza che substrato del pegno, il quale prende grado poziore, sia qui un legato, pel quale altrove ci è esplicitamente detto che pendente condizione l'onorato non è «*creditor*» (D. 44, 7, 42 pr.), e pel quale generalmente si ritiene che la retrotrazione venga meno (cfr. FITTING, *über d. Begriff d. Rückziehung*, 40 sg.). Forse, dunque, «*hic quoque tuendum eum, cui prius (deberi coepisset) [- -]*»?

²⁾ Una amplissima informazione della letteratura sui testi ricordati, particolarmente in relazione alla questione sull'ipoteca per debiti futuri, dà il BONELLI, in *Arch. Giur.* 51, 395-458, 520-578 e 52, 108-153.

un responso opposto offre segni di interpolazione, sebbene altri ritenga che la divergenza di Ulpiano possa spiegarsi in relazione a D. 15, 1, 30 pr., Solazzi, *Revoca degli atti fraudolenti*, in *Studi e doc. di storia e diritto* 22 (1901) 441 sg.).

D. 42, 4, 7, 14 Ulp. 59 ed. (« quid enim – repellitur » intp.?): non credo che, parlandosi qui di « bona venire », si ponga un principio diverso da quello del testo che precede e del testo che segue: contra Enneccerus, l. c. 584. Come i due testi già considerati, si riferisce al « fraudationis causa latitare » D. 5, 1, 3 Ulp. 4 ed.

D. 42, 4, 14, 2 Paul. 2 qu. Se anche nella connessione presente il testo si offre a taluno degli appunti di Beseler 2, 61, la sua critica radicale non è giustificata, perchè è innegabile che il § 1 si riferisce a una rubrica edittale diversa (xxvii) da quella a cui si riferisce il nostro § e a cui è intestato il titolo del Digesto dove il fr. è compreso; e noi ignoriamo la sede originaria e l'originario rapporto delle proposizioni che si succedono nel fr. di Paolo (Lenel, *Pal. I*, col. 1186, n. 1: « inscriptio videtur falsa esse »).

Insegna l'opposto

D. 42, 4, 6 pr. Paul. 57 ed.

In possessionem mitti solet creditor et si sub condicione ei pecunia promissa sit.

Non si può accogliere, secondo me, nessuno dei vari tentativi di conciliazione (vedi Faber, *Coniect.* 15, 6, 8; Wendt, *bed. Rsgeschäft* 38-42; Enneccerus, *Rsgeschäft Bedingung* etc. 578 sgg.; Ramadier, *Les effets de la missio in bona r. s. causa*, 51 sgg.). Il testo è estratto da una sede dove si considerava l'identica rubrica edittale a cui i precedenti si riferiscono (pars quarta, xxxviii): e non so donde Enneccerus (584, 585) tragga argomento per parlare di una missio in possessionem conseguente a una mancata prestazione di cauzione.

S'impone pertanto di attribuire ai compilatori questa dichiarazione in contrasto con tutte le altre e in armonia con la loro tendenza di sanzionare sempre più energicamente i rapporti condizionali. Si può notare che il fr. 6 pr. appartiene a una massa diversa (ed.) da quella a cui appartengono i tre primi (pap.)¹⁾.

¹⁾ [A identico risultato perviene il SOLAZZI, *Questioni sulla missio in bona r. s. causa*, in *Scritti giuridici per G. P. Chironi I*, 581 sgg. Questo scritto è venuto a mia conoscenza durante l'ultima revisione delle bozze di stampa.]

22. Al commento a una sede edittale connessa alla precedente (xxxix de bonis possidendis proscribendis vendundis, 4? Lenel Pal. II, col. 791, n. 4) spetta una definizione dei creditori, dalla quale erano esclusi i creditori condizionali.

D. 50, 16, 54 Ulp. 62 ed. (Lenel 1420).

[*Condicionales*] (Gradenwitz, Beseler)¹⁾ creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, [*vel qui spem habent, ut competat.*] (Eisele-Krü.).

La definizione di Ulpiano non comprendeva che i creditori ex die.

Il confronto con questo testo conferma l'interpolazione, già riconosciuta dal Beseler 2, 62, in un testo relativo alla stessa sede edittale:

D. 50, 16, 55 Paul. 16 brevis ed. (Lenel 38),

dove il creditore contro il quale possa essere opposta una exceptio temporalis è ravvicinato al creditore condizionale (« qui autem - creditori »).

23. Il creditore condizionale non può ottenere la separatio bonorum.

D. 42, 6, 4 pr. Pap. 12 resp.

Creditoribus, qui [*ex die vel sub condicione debentur et*] [*propter hoc* (propter diem) (?)] nondum pecuniam petere possunt, aequae separatio dabitur, [*quoniam et ipsis cautione communi consuetur.*].

Il dubbio sulla genuinità del luogo, in quanto si riferisce al creditore condizionale, si era già affacciato al Ferrini, Pand.³, 191 n. 2. Per noi esso trae sicura conferma dal confronto di alterazioni strettamente connesse (vedi i nr. 21 e 22) e dall'esame del testo stesso. Sulla proposizione « qui - debentur » si è già appuntata la critica degli antichi: per Cuiacio, che la difende, e Van de Water e Jensus²⁾, che l'oppugnano, e per le varianti degli editori v. Schulting-Smallenburg hl. VI 508³⁾. « propter hoc »! La locuzione « nondum pecuniam petere

¹⁾ GRADENWITZ, *Natur u. Sklave bei der Naturalis Obligatio* (Sonderabdr. a. d. Festgabe Schirmer) 11 sgg.: BESELER, Beitr. 2, 61. [Sulla critica del testo vedi ancora SOLAZZI l. c., specialmente n. 1 a pag. 585, dove concorda nella restituzione sopra segnata.]

²⁾ In quest'ultimo, *Scripturae* pag. 445, il richiamo della forma greca corrispondente.

³⁾ [Ora anche SOLAZZI l. c. 584 n. 1, tuttavia non dubitando della genuinità del principio per quel che riguarda i creditori condizionali.]

possunt » è propria pel credito a termine, non così pel credito sub condizione. La proposizione finale « quoniam – consuletur » è espunta dal Beseler 2, 84 per ragioni formali. Se s'intende riferirla, come pare a scrittori antichi e moderni (Schult.-Small. l. c., Baviera, Commodum separationis 23 n. 3, e per altri riferimenti Fadda, Dir. ered. 2, 359 sg.) alla missio in possessionem, noi vi ritroviamo un'altra affermazione di un principio già dimostrato compilatorio. Se s'intende al modo dei Basilici (9, 7, 41 Hb. I 474), ch'è poi ritenuto anche dal Solazzi, Bull. IDR. 11, 253, si riesce facilmente a una banalità (cfr. ancora Fadda l. c. 360).

24. Intramissibilità del legatum per damnationem condizionale all'erede del legatario.

Il principio, comune al diritto classico e al diritto giustiniano per ciò che riguarda la sua unificata figura di legato, è notissimo e largamente attestato nelle fonti. Bastino i richiami fatti al nr. 6, pag. 209¹⁾.

25. Intramissibilità dell'obbligo da fedecommissio condizionale all'erede del gravato.

Questo principio io credo di poter ricavare da

D. 32, 11, 6 Ulp. 2 fid.

Hoc autem 'cum voluerit' tractum habet, quamdiu vivat is a quo fideicommissum relictum est: verum si antequam dederit decesserit, heres eius [*praestat*]. sed et si fideicommissarius antequam heres constituat, decesserit, ad heredem suum nihil transtulisse vi-

¹⁾ Si riporterebbe qui D. 35, 1, 73 Pap. 19 qu. ad vv. « si tamen – potuit », posto che originariamente il testo trattasse di un leg. per damnationem (su che SCIALOJA, Bull. 11, 267). Evidentemente anche tutto quest'inciso finale è spurio: se l'ipotesi va intesa nel senso che Sempronio sia morto dopo che Tizio è andato in Asia, poichè è chiaro che dies legati cessit, tutto il discorso non è che una banale glossa; che se, in connessione ai precedenti svolgimenti del testo (intp. approssimativamente al modo indicato da BESELER, 3, 177), si volesse significare che all'erede di Sempr. è dovuto quanto può conseguirsi con l'azione nascente dalla cautio Muciana, anche nell'ipotesi che Sempr. sia premorto alla venuta di Tizio in Asia, e ciò quasi che al diritto dal legato condizionale siasi sostituito un diritto da stipulazione condizionale (ipotesi per ogni verso erronea), l'inciso sarebbe una sicura interpolazione (cfr. nr. 26, pag. 241): nota il congiuntivo « deberetur »!

detur: condizionale enim esse legatum nemini dubium est et pendente condicione legati videri decessisse fideicommissarium¹⁾.

La brusca conclusione « praestat » tradisce l'alterazione avvenuta in quel punto del testo; forse anche tutto il periodo « verum si - praestat » è interpolato. Assolutamente arbitraria è la congettura del Beseler 2, 59 « praesenti die id quod relictum est praestare debet ». Il tenore della sentenza originaria del giurista è rivelato dal « sed et » che segue (Mommsen vuol cancellare l'« et »), il quale implica analoga direzione.

La verosimiglianza dell'originario trattamento deve essere valutata, del resto, non tanto in ordine alla critica di questo testo, quanto in relazione ai risultati generali di questo studio. Ora è certo che, tolto il caso del leg. per vindicationem, in cui il passaggio del dominio ha luogo, verificandosene le condizioni, direttamente e immediatamente per la disposizione del testatore²⁾ ³⁾, non si vede ragione per cui l'intrasmissibilità così attiva come passiva, che apparisce la regola in una serie di rapporti (cfr. n.ri 5, 6, 24, 26), non debba aver avuto luogo nel legatum per damnationem e nel fedecommissio⁴⁾ ⁵⁾.

¹⁾ Le parole finali « condizionale - fideicommissarium » sono espunte da BESELER, *Beitr.* 2, 59; è possibile siano una glossa.

²⁾ La dottrina proculiana, che esigea l'accettazione del legatario (Gai. 2, 195), del resto non prevalse nel diritto romano (cfr. FERRINI, *Legati* 396 sgg., WLASSAK, *Sav. Ztschr.* 31, 220 sgg.), non altera questa configurazione rispetto all'onerato.

³⁾ Le stesse ragioni che pel legato per vindicationem valgono evidentemente per la libertas legata.

⁴⁾ La congettura qui affermata non è forse passata troppo remota dalla mente del FADDA, *Dir. ereditario* 2, 280 (§ 501). Anch'egli non sarebbe certo troppo disposto a conferire un peso decisivo all'« antiqua regula, quae voluit, heredem heredis testatoris esse heredem ». In nessuno dei luoghi delle fonti dov'essa apparisce si riferisce al nostro rapporto, e non le può essere attribuita una portata generale, poichè, per esempio, all'erede dell'erede non spetta l'eredità non delata.

⁵⁾ È inutile avvertire che l'opposto principio vige nel diritto della compilazione:

D. 35, 1, 65 Paul. 62 ed., testo estratto dal commento all'ed. quemadmodum a bonorum emptore vel contra eum agatur (de Serviana act. ? LENEL, *Pal.* I col. 1079, n. 2).

D. 7, 1, 36, 1 Afr. 5 qu., nel periodo finale « idemque - decessit ». L'interpolazione di tutto il testo è segnalata dal DE MEDIO, *Arch. giur.* 68, 223 sg.; se anche essa non comprenda la prima ipotesi di legato detratto l'usufrutto, non è del giurista il periodo che ci interessa, dov'è formulata un'ipotesi affatto incongrua per la dimostrazione: infatti, disposto condizionalmente il legato, non si vede che

26. Trasmissibilità ereditaria del rapporto attivo e passivo da stipulazione e da compravendita condizionali?

I. 3, 15, 4

... ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.

I. 3, 19, 25

Cum quis sub aliqua condicione fuerit stipulatus, licet ante condicionem decesserit, postea existente condicione, heres eius agere potest. Idem est et a promissoris parte.

Il principio, per quello che riguarda il credito da stipulazione, è scritto due volte nelle Istituzioni giustiniane. Per nessuno dei due luoghi è possibile attestare, per confronto o indirettamente, la fonte classica. Cfr. Ferrini. Bull. IDR. 13, 174, 177: pel § 4 de verb. obl., nella parte che ci riguarda, non sussiste nessuna delle ragioni per cui il F. sorregge la congettura, posta per eliminazione, che il blocco dei §§ 2-7 possa spettare a Florentino; pel § 25 de inut. stip., l'evanescente appiglio che alla stessa congettura offrivano le parole « a promissoris parte », sul confronto di D. 2, 14, 57, 1 Flor. 8 inst. 1), diviene piuttosto argomento della derivazione compilatoria del passo. Per il quale dev'essere riferita l'avvertenza dello Schrader, Iust. Inst. (Berol. Reimer 1832) p. 523, che esso e i due seguenti §§ non spettano menomamente all'ordine di argomenti trattati nel tit. de inutilibus stipulationibus (3,19), e nulla aggiungono alle nozioni date nel tit. 3, 15; onde forse « soli neglegentiae eorum debentur, quorum opera Institutionum auctores in scribendo utebantur ». Nel primo testo (I. 3,

importi la morte dell'erede prima del verificarsi della condizione; non solo l'erede, per tutta la sua vita, ma anche l'erede dell'erede, prima di quell'evento, avrebbero avuto non tanto l'usufrutto quanto la proprietà della cosa legata. (Si noti la concordanza dei modi « legatus sit » « decessit »).

¹⁾ Qualche dubbio sulla genuinità del testo ha espresso il ROTONDI, *Di alcune riforme giustiniane relative al pactum de non petendo*, 8 n. 3. Non mi par difficile, proseguendo la sua critica, far cadere con la distinzione di pactum in rem e p. in personam, l'espressione « ex altera parte ».

L'uso di *pars*, al modo del § 25, I. 3, 19, è frequentissimo nei giustiniane: C. 5, 20, 2 Iust. [2 volte], C. 3, 1, 13, 2 Iust. [4 volte], D. 2, 10, 3, 3 intp., D. 2, 11, 2 pr. intp. FABER-KRÜ, D. 32, 97 intp. 1: questo risultato dà una rapida rassegna dei luoghi registrati in HEUMANN-SECKEL, s. v. *pars* n. 2, e basta a confortare il ricordo di più numerose osservazioni fuggevolmente fatte e non registrate.

15, 4) io sono tratto a ravvisare i bizantini nell'immagine e nell'espressione « *spem transmittere* ». Già nella mia *Miscellanea critica*, fasc. I, pag. 49 sgg. richiamai l'attenzione su alcuni testi in cui il concetto e l'espressione dell'*emptio spei* sono triboniane (cfr. ora Koschaker, *Sav. Ztschr.* 34, 427)¹⁾; particolarmente influente rispetto al § 4 I. de verb. obl. mi sembra il confronto con D. 35, 2, 73, 1 « *quanti ea spes obligationis venire possit* ». Ai luoghi citati in quella sede aggiungo ora C. 8, 53, 3 Decius intp.? Schmidt, *Grundlehren der Cession* 2, 93²⁾ (« *spes futurae actionis* »); D. 50, 16, 54 Ulp. 62 ed. intp. Eisele-Krü. (« *spem habere ut competat actio* »); C. 7, 4, 9 Alex. intp.? [cfr. C. 3, 33, 12 Iust. e pel dir. classico D. 30, 49 pr., C. 7, 2, 8] (« *spes libertatis* »); D. 40, 7, 9, 3 Ulp. 28 Sab. intp. Faber-Krü. (« *spes libertatis* », anche la proposizione precedente intp.?); D. 21, 2, 71 Paul 16 qu. intp. ed. ital. (« *spes recipiendae dotis* »).

L'altro testo, in cui nei Digesti è affermata la trasmissibilità dell'obbligazione da stipulazione condizionale all'erede del promittente, D. 45, 1, 57 Iul. 53 dig., sarebbe stato scritto dal classico a proposito dell'obbligazione degli *adpromissores* (Lenel, *Pal. I*, col. 457, n. 1; già Schulting, *Notae*, 7, 22 metteva in luce il nesso con quella sede)³⁾. Ora lo stesso rapporto è considerato in altri testi, i quali si prestano a qualche dubbio.

D. 36, 3, 10 Pomp. 26 Sab.

Si a te herede legatum mihi sit sub condicione tuque, postquam adieris hereditatem, satisdederis legatorum et post mortem tuam ante aditam tuam hereditatem condicio legati exstiterit, Sabinus ait [*fideiussores*] (*sponsores*) *mihi teneri* [*quia omnimodo dari oportet legatum et in rem esset concepta stipulatio*.]

Segni formali d'interpolazione negli incisi finali sono già stati avvertiti (Rotondi, *pactum de non petendo* 42, n. 2). Quelle ragioni (*quia - stipulatio*) non possono essere state affastellate, però, se non

¹⁾ [E ancora, adesivamente, RABEL, *Grundzüge oitt.*, 464, n. 2.]

²⁾ WOLFF, *Rechtswirkungen der Cession eines suspensiv bedingten Vermächtnisses* (Freib. i. Br. 1887) 46 n. 2 richiama per l'interpolazione il confronto di C. 8, 53, 33

³⁾ Si quis 'si Titius consul factus erit, decem dari' sponderit, quamvis pendente condicione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum. (*Tenebuntur igitur etiam adpromissores*. LENEL, I. c.).

da chi doveva giustificare la sentenza 'fideiussores mihi teneri'. La quale così com'è posta, lascia poi una quantità di dubbi e di questioni: e se l'eredità non sarà adita? e nel frattempo chi sostiene la persona del reo? Non è troppo temerario restituire Sab.-Pomp. «(sponsorēs non) teneri».

E soccorre il confronto con

D. eod. 5 pr. Pap. 28 qu.

I compilatori hanno lasciato incorrotto questo testo, perchè la sentenza del giurista contiene una limitazione «fideiussores *interim* teneri negavi»; ma la limitazione è in relazione alla fattispecie: i garanti saranno tenuti se l'erede captus ab hostibus ritornerà in patria, non saranno tenuti se egli dovrà riguardarsi morto quando cadde prigioniero.

È dunque fondato il dubbio di una alterazione in D. 45, 1, 57, qualunque data la brevità del fr. non ne siano visibili segni formali (si avverte soltanto la ripetizione del soggetto «si quis» «promissor», non probabile in una redazione originaria).

Vanno richiamati in questa sede

D. 46, 1, 72 Gai. 3 de verb. obl.

e D. 46, 2, 24 Pomp. 5 ex Plaut.,

il primo dei quali frammenti attesta ancora il principio che il debito condizionale da contratto verbale non si trasmette agli eredi (vedine l'esegesi al n. 12); nel secondo è riconoscibile l'intervento compilatorio, dove si afferma la trasmissibilità all'erede dell'obbligo da promessa novatoria condizionale (vedi l'esegesi al n. 15)¹).

¹) La trasmissibilità ereditaria del debito condizionale risulterebbe anche da D. 36, 2, 19, 3 Iul. 70 dig.

Si debitori quod sub conditione debet legatum est, praesens legatum est, aigue ex testamento statim potest, ut liberatio praestetur, et, si post mortem testatoris decesserit, ad heredem transmittit actionem.

Se il debito del legatario non fosse trasmissibile all'erede del legatario, questi sarebbe liberato non in quanto a lui si trasmetta il legatum liberationis, come dice il testo, ma in quanto il debito si sarebbe estinto col suo autore. Senonché è facile determinare il carattere insitico della chiusa del testo: nelle proposizioni «et, si post - transmittit actionem», prive di soggetto, si passa bruscamente dal costruito impersonale delle proposizioni che precedono al costruito personale. I compilatori hanno voluto con l'aggiunta riferire alla trasmissibilità del legato

Per quello che riguarda il lato attivo del rapporto, giova ancora considerare:

D. 36, 3, 1, 14 Ulp. 79 ed.

Si quis sub condicione legatum stipulatus pendente condicione decesserit, stipulatio evanescit, [*quia nec legatum transmittitur. huic stipulationi easdem causas et condiciones inesse videntur: proinde si qua sit exceptio, quae petenti legatum opponi soleat, eandem ex stipulatu quoque agenti opponendam esse placeat*].

Il testo, così in Ulp. come nel Digesto, spetta al commento della cautio legatorum servandorum causa. L'actio ex stipulatu, si dice, non

un' avvertenza (« praesens legatum est »), che il giurista aveva scritto verosimilmente con esclusivo riferimento all'esperimento dell'azione, pendente condicione debiti (cfr. nr. 12 pag. 220, n. 1). Può essere appropriato il confronto con un frammento il quale attesta un movimento della giurisprudenza classica diretto appunto ad assicurare il trattamento del legato puro in un caso corrispondente di legato del denaro che si realizzerà da un credito (v. H. KRÜGER, *Grünhut's Ztschr.* 21, 299).

D. 31, 50, 2 Marcell. 28 dig.

Cum ita legatum est: 'quantam pecuniam heres meus a Titio exegerit, tantam Maevio datio', si sub condicione legatum est, antequam exacta pecunia sit, legatarius agere non potest: quod si statim dies legati cedit, ut Publicius recte putat, legatarius agere potest. ut actiones praestentur.

D. 36, 2, 19, 3 Iul. 70 dig.

Si debitori quod sub condicione debet legatum est, praesens legatum est agique ex testamento statim potest, ut liberatio praestetur [*et, si post mortem testatoris decesserit, ad heredem transmittit actionem*].

Nel fr. di Marcello all'ultima proposizione « ut actiones praestentur » il BESELER, *Beitr.* 3, 174 sostituisce « ut heres agat cum Titio et quod persecutus erit praestet ». Verosimilmente il fr. è stato più ampiamente alterato, nel senso di trasformare ad una duplice ipotesi di volontà due momenti della dottrina (« [si] sub condicione legatum est (et) antequam exacta pecunia sit, legatarius agere non potest. (sed) (†) statim diem legati cedere Publicius recte putat... »).

Il fr. di Giuliano (36, 2, 19) prosegue al § 4:

Haec dicenda erunt et si non ipsi debitori, sed alii cuilibet similiter legatum esse proponatur.

Nel caso di nomen legatum, qual'è questo, il richiamo a quanto è detto nel § precedente non può valere che per caratterizzare come praesens anche questo legato, e precisamente per escludere che il dies cedens si ritardi fino al verificarsi della condizione del debito, sì che, se il legatario premuova a tal verificarsi, nulla consegua il suo erede. Il § 4 non soggiunge, in ciò, nulla che necessariamente attenga alla trasmissibilità ereditaria del debito condizionale. È piuttosto da dubitare se all'ipotesi del § 4 si estenda l'insegnamento del § 3, per cui il legatario ha subito l'actio ex testamento (qui, per farsi cedere l'azione), o non debba invece attendersi il verificarsi della condizione.

spetta all'erede del legatario, perchè a costui neppure il legato si è trasmesso. La ragione è posta nel fatto che nella stipulazione siano insite le medesime 'causae et condiciones' che aderiscono al lascito. Lo stesso è detto nel fr. 8 eod. Ulp. 48 Sab. (Lenel 2955 lo collega a D. 46, 2, 2, e probabilmente è intp. nella stessa direzione [etiam]). In realtà, questa è più una ripetizione della cosa, che una spiegazione: che la stipulazione abbia le stesse condizioni del legato, va da sè («quidquid mihi¹⁾ legatorum nomine ex testamento Lucii Titii dari fieri oportet oportebit, id, quibus diebus Lucius Titius dari fieri voluit, his diebus dari fieri dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne?»). Ma perchè, la condizione verificatasi, essa non varrebbe a salvare il lascito all'erede del legatario, se il credito da stipulazione condizionale fosse trasmissibile?

Mutati i principî, s'intende la pedantesca aggiunta nel fr. d'Ulpiano «quia nec - placet»²⁾.

A gravi argomentazioni rispetto alla nostra ricerca si offre, secondo me, ancora

D. 50, 16, 213 pr. Ulp. 1 reg. (Le. 2367).

'Cedere diem' significat incipere deberi pecuniam: 'venire diem' significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem cessit dies, sed nondum venit: ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione.

Si è voluto recentemente contestare l'importanza della dottrina del dies cedens pel diritto delle stipulazioni, e si è voluto ricondurla a un parallelismo tutto esteriore col diritto dei legati (Mitteis, Sav. Ztschr. 32, 5-11; troppo assolutamente per una limitazione della dottrina ai legati Savigny, System 3, 150 n. a). A mio avviso, se non si può disconoscere che la dottrina del dies cedens abbia nei legati una assai più ampia sfera di applicazione, determinata dai particolari rap-

¹⁾ LENEL, *Edictum*², 514 (cfr. 515, n. 4), inserisce "heredive meo". Che la inserzione dell'erede non dovesse esservi, per lo meno sempre, in caso di legato condizionale, emerge, fra l'altro, dal nostro testo.

²⁾ Indizi stilistici non sono numerosi nè evidenti; tuttavia il "soleat" poco a proposito, il "placet" ancor meno a proposito, il "proinde" che, pure apparendo familiare ad Ulpiano, è assai spesso, in questo senso, usato dai compilatori.

porti costituiti dal testamento, non può alla recezione della dottrina nel campo della stipulazione togliersi ogni ragione che vada oltre una generica e formale influenza del tecnicismo del diritto dei legati su quello delle stipulazioni. Il testo di Ulpiano, che consideriamo, fissa le nozioni di *dies cedens* e di *dies veniens* in modo diretto e immediato rispetto al credito da stipulazione; e distingue le varie configurazioni in relazione alla natura pura condizionale o a termine del rapporto. Questa determinazione è di grande importanza per noi: poichè segna ad un tempo i confini nei quali la dottrina ha un rilievo per le stipulazioni, e dimostra che in quei confini essa ha un'effettiva applicazione. In verità, ritenuto che la terminologia sia mutuata dai legati, a che cosa può aver pensato Ulpiano, dichiarando, rispetto alle stipulazioni, che nel credito a termine '*dies cessit*' e nel credito condizionale '*neque cessit neque venit dies*', se non a ciò ch'è il più saliente e più evidente effetto del *dies cedens*, cioè il fissarsi del diritto nel suo titolare per modo che n'è ammessa la trasmissione agli eredi?

L'indagine del Mitteis ha dimostrato che in quasi tutti i testi relativi al diritto delle obbligazioni l'espressione *dies cedens* ha un valore equivalente all'altra *dies veniens*; egli stesso ha dovuto però eccezionare il caso in cui l'espressione sia riferita a rapporti condizionali (l. c. 9 fi.). Quale altro senso può avere avuto l'applicazione della terminologia del *dies cedens* alle stipulazioni condizionali, se non ad esprimere che il rapporto da esse nascente è intrasmissibile agli eredi '*pendente adhuc condicione*'?

In D. 18, 6, 8 pr. Paul. 33 ed., già esaminato per altri rispetti, si dichiara la trasmissibilità ereditaria delle due obbligazioni da compravendita:

...quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum.

Una presunzione generica contro la genuinità deriva dall'essere scritte queste proposizioni in un testo largamente alterato e manipolato dai compilatori. La sede stessa, in cui esse sono incastrate, è poco naturale, e lo sforzo inopportuno (« quod si » quattro volte! « quod si pendente condicione » due volte di seguito) fa sospettare la fretta di chi vuol dire qualcosa di nuovo. Ma l'argomento più forte, che può

essere portato contro la genuinità del passo, a prescindere dalle sue connessioni nel fr. paolino, è la dichiarazione ivi contenuta della retroattività della condizione verificata.

Giunge opportuno di riassumere, qui i risultati della critica svolta in varie sedi relativamente a questo punto. Precedenti scrittori avevano già sfatato il dogma della retroattività; basti ricordare, fra i pandettisti, il Windscheid, *die Wirkung der erfüllten Bedingung* (akad. *Gelegenheitsschr.*, Basel 1851), semplicemente con l'antica esegesi canonica; fra gli storici, il Ferrini, *Pand.* 193 (e in genere tutta la sua meditata esposizione della dottrina della condizione) e il Mitteis, *röm. Privatr.* 1, 172 sgg. (v. nota 19), costoro col sussidio del metodo critico. La nostra ricerca non solo ha suffragato fortemente questo risultato, ma permette di aggiungere che le formali dichiarazioni del principio della retroattività, che occorrono nelle fonti, sono tutte emblematiche; il che anche vale a ricomporre i risultati della grave disputa in questa proposizione di carattere storico: essere la retroattività della condizione dogma estraneo al diritto classico, ma altrettanto proprio del diritto giustiniano.

D. 20, 4, 11, 1: rango dell'ipoteca costituita per credito da stipulazione condizionale (v. nr. 20).

D. 46, 3, 16: accettilazione di debito condizionale (v. nr. 12).

Donazione mortis causa fra coniugi: sono intpp. tutti i luoghi dove si pone, come ipotesi di legge, la sua efficacia retroattiva: D. 24, 1, 11, 2 « quando-huiusmodi » intp. Fadda, *Dir. eredit.* 2, 275 n. 1, Beseler 3, 72, e, per una più generale alterazione, Cugia, L'espressione « mortis causa » 87 sg.; D. eod. 11, 9, intp. « plane-habebitur » (già De Medio, *Intorno al divieto di donare fra coniugi*, Modena 1902, 72 n. 2); D. 39, 6, 40, intp. « reducitur-fuisset ».

D. 12, 1, 8, in tema di mutuo, non afferma affatto la retroattività nella prima parte (« mutui datio-obligatus »), e nella seconda « item-adpositum » (cf. ed. ital.) riguarda un caso che non ha nulla che fare con gli effetti della condizione (cfr. D. 34, 5, 15; 30, 86, 2, insieme con le esatte osservazioni di Enneccerus, *Rsgeschäft etc.* 443). Il punto di vista classico è nettamente rappresentato, per atti - come la mutui datio - consistenti nella costituzione di diritti reali, in D. 8, 4, 18, esaminato al nr. 5 p. 208.

D. 40, 4, 7: manomissione sub condicione 'si mihi nullus filius erit cum moriar', intp. « sed dum-probandum ».

Risulta ora la probabilità dell'argomento da noi addotto per la critica del fr. 8 pr. de peric. et comm., nella parte che qui cade in considerazione.

La critica di tutti i testi premessi sotto questa rubrica non vuol essere considerata come quella che esaurisca la dimostrazione del principio opposto. È così connaturato alla nostra tradizione giuridica il principio della trasmissibilità ereditaria delle obbligazioni condizionali da negozio fra vivi che, pur dopo le constatazioni che precedono, noi non oseremmo dichiarare di aver posto che la *ratio dubitandi*, se quelle constatazioni non traessero particolare rilievo dalla concordanza con tutti i risultati emersi dalla critica compiuta nelle precedenti rubriche, i quali armonizzano e si unificano in una generale dottrina dei rapporti condizionali ch'è ulteriore argomento di questa particolare ipotesi.

Che in una fase antica del diritto anche questi rapporti, come i rapporti di diritto reale, come quelli da atto mortis causa, fossero esclusi dalla successione ereditaria, non è dubbio: ed è stato affermato da qualche scrittore (Ferrini, Pand. 171, 192; v. anche Fadda, Dir. eredit. 2, 283¹⁾). La questione che per noi s'è posta, la questione che il romanista, tra i vari studiosi dei fenomeni storici, potrebbe essere in condizione di risolvere rispetto a un momento storico ben noto e determinato, è se questa trasmissibilità era conosciuta dai giuristi, le cui opere furono utilizzate per le Pandette. A risolvere questa questione le esegesi che precedono hanno portato indubbiamente qualche contributo: se la condizione delle fonti o l'imperfezione della ricerca non consentono forse ch'essi siano decisivi, essi sono tuttavia tanto più

¹⁾ La regola "ab heredis persona obligationem incipere non posse" (Gai, 3, 100, 158, Iu. C. 4, 11, 1), ricordata dal FADDA, *l. c.*, e già dall'ADICKES, *z. Lehre v. d. Bedingungen* (1876) 131, n. 11, non può dirsi con sicurezza se ricomprendesse l'intrasmissibilità dei rapporti condizionali, poichè è verosimile quello che il Fadda stesso del resto accenna, che la regola si riferisse solo a quei casi in cui espressamente l'obbligazione dovesse aver principio nell'erede: come - secondo me - può ricavarsi dalla determinazione dell'esatta portata della riforma giustiniana del 531 (*Di talune clausole con riferimento al dies mortis etc.* Sl sgg. e ora DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislat. giustin.* IV, estr. del *Bull. IDR.* (1914) 27 sg.,) e dal diverso trattamento delle stipulazioni post mortem, pridie quam moriar e pr. q. morieris, cum moriar e cum morieris, determinato in correlazione alla regola "ab heredis persona rell." (ancora: *Di talune clausole, etc.*, 70, 72 n. 3).

influenti, quanto più salda e compatta appariva la testimonianza opposta ¹⁾.

Le difficoltà che ancora possono essere opposte per escludere che la giurisprudenza classica ritenesse l'intrasmissibilità ereditaria dei rapporti obbligatori da negozi inter vivos, sono: il calcolo di tali rapporti nell'asse ereditario all'effetto della determinazione della quarta falcidia; alcune attestazioni della trasmissibilità in luoghi meno sospettabili di interpolazione.

Cominciamo da queste ultime attestazioni. Tra le quali spiccano i molti testi relativi alla stipulatio poenae,

La trasmissibilità della poena agli eredi così dello stipulante come del promittente è costantemente dichiarata o presupposta (« quaero, an, si Flavii Hermetis heres a Claudii herede poenam supra scriptam petere voluerit, rell. » D. 45, 1, 122, 2; etc.). Tuttavia questi testi non costituiscono affatto un insuperabile ostacolo alla congettura della intrasmissibilità ereditaria dei rapporti condizionali.

Due, come è noto, sono le forme in cui si presenta la stipulazione penale:

a) ' Pamphilum dari spondes? si non dederis, centum dari spondes? '

b) ' si Pamphilum non dederis, centum dari spondes? '

stipulatio quae a condicione coepit, quella in b), stipulatio quae non a condicione coepit, quella in a), secondo l'espressione di Dig. 45, 1, 115, 2 (Pap.?).

¹⁾ Sono troppo note, perchè qui debbano richiamarsi, le discussioni sulla distinzione fra il diritto condizionale derivante da atto fra vivi e quello derivante da atto di ultima volontà per riguardo alla trasmissibilità negli eredi, distinzione passata dal diritto giustiniano fino nelle principali legislazioni moderne, la nostra compresa. Per brevi cenni così sulle legislazioni moderne come sulla letteratura, FADDA e BENZA, nota II) al Windscheid, I, 950 e segg. La distinzione è generalmente censurata, e neppure si è concordi su una spiegazione di carattere storico rispetto al diritto romano. Se essa va attribuita alla compilazione giustiniana, qualunque delle poco buone ragioni escogitate per spiegare la differenza di fronte alla giurisprudenza classica (un'esposizione in STROHAL, *Transmission pendente condicione*, 25-41) può facilmente essere accettabile per il diritto giustiniano. Le ragioni che possono avere portato alla trasmissibilità ereditaria dei crediti e dei debiti condizionali ho ricercato nella prolusione tenuta all'Università di Cagliari, pubblicata col titolo *L'origine della trasmissibilità ereditaria dei crediti e dei debiti condizionali*, in Rivista ital. per le scienze giuridiche, 1915.

Consideriamo gli effetti dell'una e dell'altra forma rispetto alla trasmissibilità ereditaria.

Nella forma *a*) è chiaro immediatamente che l'obbligo nascente dalla stipulazione, nella parte quae non a condicione coepit, si trasmette, secondo le regole proprie del dato rapporto, agli eredi dello stipulante e del promittente. Ma, avvenuto questo trapasso, è una necessità fondata esclusivamente sulla forma, e assolutamente indipendente da un principio di trasmissibilità dei rapporti condizionali che nella protasi del periodo ipotetico, di cui risulta la stipulatio poenae, al soggetto prima costituito dal debitore originario si trovi sostituito l'erede del debitore, al soggetto prima costituito dal creditore originario si trovi sostituito l'erede del creditore ¹⁾.

Richiamiamo il paradigma *a*) ²⁾: La stipulazione 'Pamphilum dari spondes?' si trasferisce dai soggetti Tizio e Caio ai soggetti Sempronio e Mevio, rispettivi eredi. La stipulazione 'si non dederis, centum dari spondes?' non è così scissa dalla prima, che nei termini di essa non debba operarsi la stessa sostituzione di Sempronio e Mevio agli originari soggetti Tizio e Caio. Per operare la trasmissibilità della pena agli eredi degli originari stipulanti non entra necessariamente in giuoco il principio della trasmissibilità delle stipulazioni condizionali; essa è necessario e immancabile effetto della avvenuta trasmissione della stipulazione pura. Si ha - nella linea fondamentale - la riproduzione del fenomeno stesso, che si ha quando si stipula o si promette per sè e per l'erede: il diritto e l'obbligo dell'erede non deriva dalla trasmissione ereditaria del dato rapporto, ma si fonda sul fatto che, in conseguenza dell'inserzione dell'erede nella formula della stipulazione, morto l'autore, l'erede è vincolato da una stipulazione in cui egli figura come soggetto in luogo dell'autore. La trasmissione della stipulazione

¹⁾ È vero che nelle stipulazioni concatenate (*a*) il diritto classico vede, a certi effetti, due stipulazioni, e che l'insegnamento di D. 44, 7, 44, 6 deriva verosimilmente da interpolazione (PEROZZI, *Istit.* 2, 138 n. 2, e già, dubitativamente, BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale* (estr. da Studi e docum. di storia e diritto 1894) 71; la critica linguistica di BESELER, *Beitr.* 2, 63, non considera questo problema). Ma il nesso fra le due stipulazioni, che qui interessa solo nell'elemento della conceptio verborum, spiega vari effetti anche in ordine al regime della stipulazione convenzionale (cfr. PEROZZI, l. c. 137, 2° capov. e nota 2).

²⁾ Se si fosse sicuri di avere nella redazione indiretta il testo completo della stipulazione, appartarrebbe a questo sistema D. 45, l. 5, 3a Paul. 12 Sab. (l'inciso « donec solvatur » rappresenta un temperamento bizantino?).

pura opera, nel caso delle stipulazioni concatenate, lo stesso effetto rispetto alla stipulazione condizionale, che la menzione dell'erede rispetto alle stipulazioni intrasmissibili ¹⁾).

Il meccanismo qui rappresentato acquista una maggiore evidenza nelle ipotesi, in cui la stipulazione pura, per essere essa stessa intrasmissibile agli eredi, contiene la menzione degli eredi. Prendiamo il paradigma (α)

‘ per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi heredique meo ire agere liceat, spondes? si adversus ea factum sit, centum dari spondes? ’

Acquistato dall'erede il diritto e rispettivamente l'obbligo in base alla stipulazione principale, è evidente che il suo nome si sostituisce come soggetto del diritto e dell'obbligo rispettivamente nell'apodosi e nella protasi della stipulazione penale ²⁾.

Veniamo alla forma δ), quae a condicione coepit.

¹⁾ Mi pare sicuro che la *mentio heredis*, la quale appare, ancora nella compilazione con una certa costanza, in un numero rilevante di stipulazioni (vedi gli esempi raccolti da me, *Di talune clausole con riferimento al dies mortis*, 71, n. 1 e dal ROTONDI, *Pactum de non petendo*, 14, n. 3. e aggiungi D. 10, 2, 25, 12 Paul. 23 ed. (stipulatio ire agere licere), D. 10, 2, 44, 5 Paul 6 Sab. (stip. dolum malum afuturum), D. 21, 1, 22 Gai 1 ed. aed. cur. (stip. habere licere), D. 45, 1, 92 Paul. 18 Plaut. (stip. vindemiam tolli licere); un caso di *mentio heredis* nei legati vedi in D. 30, 39, 4 Marcell. ap. Ulp. 21 Sab.) sia prova della intrasmissibilità ereditaria del dato rapporto, almeno in quel momento storico in cui la clausola non risulti una semplice sopravvivenza di formulario; l'erede avrà l'azione o contro di essa avrà la legittimazione passiva, non perché erede, ma perché come erede menzionato a fianco dello stipulante o rispettivamente del promittente. Configurazione comune ad altri diritti antichi: p. es. lo « special contract (or speciality) binding the heir » lungamente in uso nella pratica inglese, ricordato dall'ESMEIN, *Nouv. Revue historique*, 11 (1887), 60. E per questo non mi par giusto l'appunto, se è tale, che mi muove il collega ROTONDI. l. c., 14, n. 2: parlando di intrasmissibilità attiva e passiva delle obbligazioni in faciendo (*Di talune clausole, etc.*, 15), io l'intendevo appunto nel senso, fatto palese dai testi da me citati, della necessità della *mentio heredis*: cioè nel vero senso di intrasmissibilità ereditaria.

²⁾ A questo paradigma vanno riportati, ad es., D. 45, 1, 2, 6 Paul. 12 Sab. (« sed qui-summovebuntur » intp. ?); eod. 3, 1 Ulp. 49 Sab.; eod. 85, 3 Paul. 75 ed.; eod. 122, 3 Scaev. 28 dig.; eod. 122, 6, dove nella redazione indiretta della stipulazione è stata evidentemente omessa la menzione degli eredi (« nihil contra eam divisionem per te heredemve tuum fieri »); eod. 126, 2 Paul. 3 qu. (« plane si liber sed » e « superest-expressa sit » intp. ?); 12, 1, 40 Paul. 3 qu.; e la donatio Flavii Syntrophii (BRUNS-GRADENWITZ, *Fontes* ⁷ n. 139).

D. 45. 1, 122, 2 Scaev. 28 dig.

... 'si hominem Stichum, de quo agitur, quem hac die tibi donationis causa manumissionisque dedi, a te heredeque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, poenae nomine quinquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes, spopondit Claudius.' rell.

Nel seguito del passo è attestato che l'erede di Flavius Hermes può domandare la pena all'erede di Claudio. Schematicamente:

'si Stichus a te (Cl.^o) heredeve tuo manumissus non erit¹⁾, quinquaginta dari spondes?'

Morto Claudio, la stipulazione suona:

'si Stichus a te (Cl.ⁱ herede) manumissus non erit, quinquaginta dari spondes?'

Non siamo dunque di fronte al trapasso ereditario di un rapporto condizionale; ma ad un rapporto condizionale costituito in testa all'erede di Claudio. Questo pel lato passivo del rapporto²⁾. Per il lato

¹⁾ L'atto che precede la stipulazione penale è una mancipazione con fiducia manumissionis.

²⁾ La stessa configurazione si ristabilisce per altri testi: D. 45, 1, 4, 1 Cato ap. Paul. 12 Sab. (forse intp. l'inciso « differentiae - non poterit »: per l'uso compilatorio di « peccare » e suoi derivati, oltre i testi richiamati dal Perozzi, *Le obbligazioni* 46 nota, sono da richiamare D. 50, 16, 131, 1 Ulp. 3 l. Iul. et Pap., dove nell'interpolazione è da ricomprendere con ogni verosimiglianza la nostra espressione, cfr. BESELER, *Beitr.* 2, 105 meglio che ALBERTARIO, *Hodie* 17; D. 50, 16, 244 Paul. ad Lab. 4 pit. « ex hoc quoque-dicat » intp.; D. 44, 7, 5, 4 = D. 50, 13, 6 Gai. 3 aur. = 1. 4, 5 pr., forse più ampiamente intp. di quanto si è riconosciuto dal FERRINI, *Bull.* 13, 190 (KRÜGER) e dal LENEL, *Palting.* 1, 260 n. 3: si noti infatti la mancata coordinazione « neque-et », ancora più incompiuta in D. 44, 7, 5, 4), dov'è certo che il testo della stipulazione dovesse contenere la menzione dell'erede ('si per te heredemve tuum factum erit' resp.: 'si per te heredemve tuum factum erit, quod minus mihi ire licuerit' ('iter fieri' intp. LENEL-KRÜ.), 'si per te heredemve tuum eo nomine amplius petitum erit'), altrimenti la stessa concezione della stipulazione avrebbe impedito che, morto il promittente prima del verificarsi dell'inadempienza, la pena potesse commettersi a carico dell'erede; D. eod. 5, 4 Pomp. 26 Sab., dove, per la stessa ragione, il testo della stipulazione va ricostruito con la menzione degli eredi, la quale tanto più difficilmente doveva mancare in materia di compromesso che, come si sa, non obbliga gli eredi dei compromittenti. Inverosimile è che mancasse l'indicazione dell'obligato alla dazione del fondo in D. 45, 1, 85, 6 Paul. 75 ed., se pure tutto il §, che ha infelici

attivo, la conceptio della stipulazione non offre argomento per fondare il diritto dell'erede di Flavio Ermete su un rapporto diverso dalla trasmissione ereditaria. Ma ormai la testimonianza non si presenta decisiva.

Le constatazioni e le riflessioni premesse hanno fatto emergere nella mentio heredis un elemento frequentemente operoso nello svolgimento di questi rapporti, ossificato ormai nel diritto ultimo, e solo qua e là rintracciabile in qualche vecchio paradigma¹⁾. Esse consen-

caratteristiche di stile, non è compilatorio. Non si può escludere che siano da riportarsi piuttosto alla forma a) le stipulazioni di cui in D. 45, 1, 77 Paul. 58 ed., D. 22, 2, 9 Lab. 5 pit. delle quali sono attestati effetti per gli eredi dei promittenti.

In D. 19, 1, 47 Paul. 6 resp. l'obbligazione che si trasmette all'erede non è condizionale, essendosi l'inadempienza già verificata in vita del testatore («cum igitur testator in poenam commiserit»: al modo stesso che negli esempi di D. 45, 1, 115, 1 e 2 Pap. 2 qu., nei quali l'inadempienza si accerta di regola alla morte del promittente. Anche nell'esempio del § 2, «si Pamphilum non dederis», la poena è commessa tosto che «per promissorem stetit, quominus daret»: al fatto dell'erede non si pensa, perchè l'erede o sarà tenuto alla pena per l'inadempienza dell'autore, o non sarà in altro modo tenuto.

¹⁾ Oltre gli esempi ricordati a pag. 61. nota 1, che sarebbero facilmente e utilmente accresciuti se dai testi della compilazione si passasse ai documenti (p. es. BRUNS-GRADENWITZ, *Fontes*⁷ n. 134 lin. 16. 21, 25; n. 137 lin. 21; n. 139 lin. 7; n. 162 lin. 29-30; e le note sillogi di monumenti romanici), per ciò che più particolarmente riguarda la clausola penale noi ne conosciamo un formulario perpetuatosi attraverso i secoli, comune ai vari popoli che hanno dominato intorno al bacino mediterraneo (vedi su questa parentela in generale l'importante raccolta di dati in RABEL, *Haftung d. Verkäufers* 1, 34 sgg.), nel quale costantemente apparisce la menzione degli eredi.

Pei papiri d'Egitto veggansi gli esempi, così di età tolemaica, come di età romana e bizantina raccolti dal BERGER, *Strafklausein* 61 n. 2, 3; 62 n. 3; 65, nei quali gli eredi appariscono menzionati così a fianco dell'obbligato come a fianco del creditore (οι παρά, cfr. BERGER, *l. c.* 63-66, οι κληρονόμοι; sulla congiunzione κληρονόμοι και διάδοχοι και διακάτοχοι, più frequente però in altre clausole, cfr. DE RUGGIERO, *Bull. IDR.* 14, 102 sgg.). Bellissimo esempio di clausola condizionale in BGU. 316 (= BRUNS-GRADENWITZ⁷, n. 162 lin. 22-26): «Κάν τις τοῦ πεπραμένου ὁ[ύλου] ἀντιποιθῆ ἢ ἐπεχεθῆ τι κατ'αὐτοῦ τρόπον οἷω δὴ τι, ὁ πεπρακὼς καὶ διὰ[δοχοὶ αὐτοῦ] τοῖς ἰδίοις ἀναλώμασιν βεβαιώσει τῷ πριαμένῳ ἢ ἔκτεισι αὐτῷ παραχρῆμα τὴν τιμὴν καὶ τὸ βλάβος καὶ ὅσον ἂν αὐτῷ διαδόχοις τε αὐτοῦ διαφέρῃ». Il BERGER opportunamente lascia indecisa (p. 70) la questione degli effetti della menzione degli eredi. Questi effetti variano storicamente, come si è sostenuto nel testo: solo pel diritto giustiniano, e forse più generalmente pel diritto di quell'età e di quell'ambiente storico che è reso dalla compilazione giustiniana, è dato affermare con sicurezza che la clausola heredum sia «nur eine reine Wortfloskel». Tale non è sempre - come a torto sembra credere il LEWIS, *die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers nach*

tono, con piena legittimità, di supporre che anche là, dove noi non leggiamo la menzione dell'erede ('*mihi dari heredive meo ad quem ea*

dtischem Recht (Berlin 1864), 114 in corrispondenza alla nota 39 - neppure in un diritto più recente, e pur primitivo, quale il germanico: basti ricordare un testo, citato dal LEWIS stesso, l. c. 89 n. 32, *Brünner Schöffnenbuch* 90 (RÖSSLER II p. 47): «si aliqua promissa personalia, quae solum personam respiciunt singularem, sicut homagia et consimilia, illorum arbitria non ligant heredes, nisi in compromisso de heredibus fiat mentio specialis».

Sulla persistenza del formulario dei chirografi greco-egizi nei documenti bizantini medievali e nei documenti, pure greci medievali, dell'Italia meridionale, basti il rimando all'elegante ricerca del FERRARI, *I documenti greci medievali di dir. privato, etc.* (Byzantin. Archiv 4, 1910); il quale della menzione degli eredi nelle clausole penali o - ciò che per noi ora torna lo stesso - nella stipulatio duplae, arreca esempi a pagg. 38 n. 1 («ἐγώ τε καὶ οἱ ἐμοῦ κληρονόμοι πρὸς σὲ καὶ πρὸς τοὺς σοὺς κληρονόμους»), 56-57 (alinea 5), 98.

Ma per quello che riguarda la pratica notarile romana, la quale in relazione ai frammenti del Digesto discussi nel testo è per noi particolarmente interessante documentare, forniscono ricchissime e concordanti testimonianze i documenti dei territori romani e altresì i formulari franchi, de' quali è sicura la derivazione romana, e documenti longobardi di evidente stile romano almeno nella clausola che ci occupa. MARINI, *Papiri diplomatici*, n. 100 (donazione, a. 945): «Si enim, quod absit, et quoquo tempore nos, vel heredibus, ac successoribus nostris contra vobis vestrisque successoribus, aut contra hanc a die presentis donationis cartula, quam sponte fieri rogavimus, agere, aut causare presumperimus per quovis modum ingenii, quod sensum humanum intelligere, vel capere potest, et minime defendere potuerimus, aut noluerimus, tunc non solum perituri reatum incurramus, verum etiam daturi nos promittimus una cum heredibus, et successoribus nostris vobis, vestrisque successoribus ante omne litis initium pene nomine auri libras ebritias decem, et penam absolutionis manentem. ». n. 103 (donazione, a. 969), 105 (donazione, a. 984), 106 (donazione, a. 998), n. 114 (vendita, a. 539 o 546): «... sed et alterum tantum numero solidorum aevictionis nomine duplariae iidem vindetores ss. et heorumque heredes emtori ss et heredeibus eius cogantur inferre vel quantum rell. ». n. 115 (vendita, a. 540): «... duplum pretium solidorum ss. sed et rei quoque melioratae aedificatae cultaeque taxationem habita a ss. venditore haeredibusve eius memorato comparatori eiusque haeredibus cogantur inferre iuxta legum ordinem rell. ». n. 118 (vendita, a. circa 540), 120 (vendita, a. 572), 123 III (a. tra 616 e 619), n. 136 (enfiteusi, a. 879): «... daturis se heredes successoresque suos promittant pars partis fidem servantem [cfr. «componat... pars parti fidem servant» *Regesto di Farfa*, n. 386, 392; *Reg. di S. Apollinare Nuovo*, n. 8, ll. 13; e locuzioni corrispondenti «partibus illius, contra cui litem intulerit» in *Formulae Turonenses*, n. 4 sgg. (ZEUMER MGH., Legum Sectio V); «parti cui adtemptat», «partibus vestris» in *Form. Biturcenses* n. 2, 15, 26 e passim (ZEUMER *ibid.*)] ante omnem litis initium pene nomine auri uncias rell. ». FANTUZZI, *Monumenti raven-nati*, I n. 5 (donazione, a. 893), 7 (donazione, a. 893), 8 (concessione a coltivare, a. 903), 18 (donazione, a. 937), etc. *Marculfi Form.* (ZEUMER I. c. lib. 2 n. 19 (vendita): «Si quos vero, quod futurum esse non credo, ego ipse aut) aliquis de heredibus vel proheredibus meis seo qualibet [opposita] persona contra

res pertinebit’, si riscontri appunto questa conceptio verborum in D. 45, 1, 126, 2; ‘mihi eive ad quem ea res pertinebit dari solvi satisve eo

hanc vindicionem venire timptaverit, aut me male viudedisse convincerit, et a me vel heredibus meis defensatum non fuerit, tunc inferamus vobis heredibusque vestris dupla pecuniam, quantum a vobis accipi, et ipsa villa meliorata valuerit, rell.». n. 20 (vendita), n. 25 (mutuo): «quod si non fecero, et dies placitus mei praefinitus transierit, pro duplum in crastinum me et heredes meos vos aut heredes vestri, aut cui hanc cautionem dederitis exigendam teneatis obnoxium». n. 29 (cartola ingenuitatis). Molte carte franche riproducenti lo stesso formulario in SJÖGREN, *über die röm. Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränk. Urkunden* (Berlin 1896), specialmente a pagg. 105-106, 137 n. 2. *Codex diplomaticus cajetanus*, I, 8 (vendita, a. 845), n. 12 (cessione, a. 886): «...daturum me heredibus que meis promitto ego qui supra theodosius prefecturi vobis qui supra domno constantino et domno marino gloriosos ypatos heredibusque vestris ante ingressum litis pene nomine auri libras rell.». n. 45 (donazione a. 944), 84 (donazione, a. 984), 96 (locazione, a. 997), 159 (cessione, a. 1030), 164 (permuta, a. 1034), etc. *Regesto di Farfa* (pubbl. da GIORGI e BALZANI), n. 63 (permuta, a. 764): «...componamus tibi Luponi aut haeredibus tuis...». *Regesto di S. Apollinare Nuovo* (a cura di V. FEDERICI), n. 2 (donazione, a. 973) pag. 11. n. 3 (donazione, a. 977) pag. 15. *Codex dipl. Langobardiae* (PORRO, Mon. Hist. Patriae XIII), n. 37 (vendita, a. 769): «quod si defendere non potuerimus, ego qui supra Natalia vel mei heredes tibi prenominae Anselberge abbatissae vel successoribus... dublas res sub extimatione pretii... restituamus». TROYA, *Codice dipl. longobardo*, n. 415 (vendita, a. 716): «sit componiturus scto Galduald vel ad eius hhd...». n. 457 (vendita, a. 726): «spondeo... tibi emptur heredibus pusterisque tuis...». n. 481 (vendita, a. 730): «...tibi Mauriciuni aut ad heredibus tuis... componamus», e così costantemente; n. 786 (locazione, a. 762): «spondeo... tibi vel successoribus tuis esse componiturus...», n. 803 (vendita di serva, n. 763): «vobis emptoribus vel ad hhd vestros reddituri promittimus...», n. 943 (permuta, a. 771): «...componat pars parti fidem reservanti, ipsis aut successoribus heredibusque eorum». *Codex dipl. cavensis*, n. 2 (vendita, a. 798): «...et obligo me et mei heredes tibi superscripti iacob et a tui heredibus de ista mea benditione ab homine inantistare et defenza promitemus: et qui si bovi minime inantistare potuerimus, aut nos ipsi bel nostri heredibus per colibe ingenio retornare boluerimus, componere promitemus nos bovi duplo pretius, o sunt auri solidi quactuordeci... cot apos bo remelioratu fueri au supra edeficio factu sub estimatione in duplo nos au nostri heredibus tivi iacot aut a tui heredibus restaurare debeamus, et se de colludio plus aberiti per sacramenta nos au nostri heredibu satisfaciamus tivi a au tui heredibus rell.». n. 3 (vendita, a. 799), 8 (vendita, a. 819), 17 (donazione, a. 837): «ut amodo et semper tu tuis eredibus superscripta nostra donatione abere possidere baleatis, de quibus me repromicto et meus erede conligo tibi qui supra et tuis eredibus desta nostra donatione ab omnis homine defensare promictemus, quit si minime rell.» [a formule tipicamente romane susseguono espressioni e disposizioni di diritto longobardo]; n. 21 (vendita, a. 842), 22 (vendita, 843): «...penam bobis vestrique eredibus nos et nostros eredes componere obligamus»; e così generalmente.

Talora avviene che la menzione degli eredi non resti che nella protasi del periodo ipotetico di cui risulta la clausola penale. P. es. MARINI, *Papiri dipl.*

nomine fieri', D. 12, 1, 40), essa si trovasse nel testo originario della stipulazione¹⁾, e sia caduta o nella trascrizione bizantina, dove non avrebbe più avuto senso²⁾, o nella redazione indiretta del giurista clas-

matici, n. 96 (donazione, a. 690): si quis vero quod futurum esse non credo se nosmetipsi aut aliquis de heredibus nostris contra praesentem deliberationem nostram... venire aut infrangere volverit... libras... exsolvat»; n. 101 (donazione, a. 949), 102 (donazione, a. 961), 129 (permuta, a. 691); *Codex dipl. cajetanus*, I n. 13 (sentenza, a. 867), 25 (vendita, a. 919), 31 (composizione, a. 924), etc.; *Marculf Formulae* (ZEUMER, l. c.), lib. 2 n. 6, 7, 10, 14, 17, 32, 39; *Formulae Andecavenses* (ZEUMER, l. c.), n. 1c, 4, 6, 9, 20, 21, 46, 56, 58, 59; GABOTTO, *Le più antiche carte dell'Arch. capit. di Asti* (Pinerolo 1904), n. 4 (vendita, a. 812), 151 (vendita, a. 1020), etc. Se una tale concepcio avvenga di riscontrare anche in contratti romani (cfr. D. 45, 1, 122, 2), s'è già dimostrato nel testo che essa doveva operare gli stessi effetti che la menzione degli eredi ripetuta nell'apodosi.

1) Di regola le stipulazioni pretorie offrono uno schema di stipulazione condizionale, analogo a quello delle stipulazioni penali del tipo a) o del tipo b). Si osservi come in quei formulari fosse costantemente la menzione dell'erede: *stipulatio pro praede litis et vindictiarum*, LENEL *Edictum*² 503 (cfr. 497 n. 7, 501 n. 4); *stipulatio iudicatum solvi*, LENEL 511 (il quale avverte di rinunciare all'inserzione dell'erede solo perchè non ha testi che ne diano diretta testimonianza, cfr. 510 n. 1); *stipulatio ratam rem haberi*, LENEL 516 (cfr. ivi n. 15); *stipulatio de damno infecto*, LENEL 527, 528 (D. 39, 2, 24, 1^a Ulp. 81 ed.); *stipulatio ex operis novi nuntiatione*, LENEL 524. E così la formula «[is]ve ad quem ea res pertinebit» i papiri «*καὶ οἱ παρὰ σοῦ*», «*οἱ παρ' αὐτοῦ*») nella *stipulatio duplae* proposta dall'editto degli edili, vedi p. es. BRUNS-GRADENWITZ, *Fontes*⁷ n. 130, 131 etc., DE RUGGIERO, *Bull.* 14, 108 sg., RABEL, *Haftung*, 72 nota 1.

2) Il punto di vista compilatorio emerge abbastanza nitidamente nel fr. 38 de verb. obl., Ulp. 49 Sab. Nel pr. è interpolato il periodo «obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat» («vel quis liceat» intp. LONGO-KRÜ.). Ulpiano spiegava che la stipulazione concepita «habere licere spondes» non obbliga il promittente che pel fatto proprio, e al § 1 soggiungeva che il promittente può tuttavia comprendere nell'obbligo l'erede suo (cfr. § 14 eod.): aggiunta *dond'* è apoditticamente provato che senza espressa menzione dell'erede quest'obbligo non esiste. Interpolato è altresì nel § 2 il periodo «sed quatenus-successores», dove comparisce l'insolito termine degli «heredum successores», ad attestare l'obbligo di persone non comprese nella stipulazione (cfr. nel pr. «ceteri successores»). Forse per intero è scritto dai compilatori il § 5, dov'è il *pendant* della regola posta dai compilatori nel pr.: il diritto degli eredi dello stipulante, «ceteri, quicumque ei succedunt», e dove, per proseguire il parallelismo, si giunge alla ridicola dichiarazione che la stipulazione non si commette a favore di persona diversa dallo stipulante e dai suddetti «quicumque successores». L'affermata equivalenza della forma «mihi habere licere» con una forma «habere licere», vera pel diritto giustiniano, è decisamente smentita pel diritto classico, dove la stipulazione contiene sempre, e con specifici effetti, il termine attivo del rapporto («mihi» ovvero «mihi heredique meo»).

Per la stipulazione «rem ratam dominum habiturum», in D. 46, 8, 22, 7 Iul. 56 dig., con molta verosimiglianza è da attribuire ai compilatori l'inciso «sane-

sico, il quale, se nella fattispecie il principio non venisse in giuoco, non doveva sentire la necessità di mettere in luce, in ciascun caso, la ragione della trasmissibilità. E ciò tanto più se si consideri come la menzione dell'erede avrebbe dovuto essere una clausola di stile. Per questo mi sembra che non si debba attribuire soverchio peso, contro l'ipotesi dell'intrasmissibilità, alle testimonianze indirette della trasmissibilità che avvenga di incontrare.

Per quello che riguarda i testi, in cui l'obbligazione condizionale si considera all'attivo o al passivo del patrimonio ereditario, all'effetto del calcolo della falcidia, le osservazioni precedenti sull'uso della *mentio heredis* potrebbero già mettere in condizione di non trovare in essi un ostacolo insormontabile. Ma nuovi e specifici argomenti offre in questo campo la critica dei testi.

Dei numerosi luoghi relativi al trattamento dei rapporti giuridici condizionali all'effetto della falcidia, solamente quattro trattano dei crediti o dei debiti da stipulazione condizionale. Tutti gli altri dei legati condizionali e delle libertà condizionali.

1° D. 35, 2, 73, 1 Gai. 18 ed. prov. Il § è dedicato ex professo all'obbligazione condizionale da stipulazione. Ampie e gravi alterazioni sono state dichiarate, in diverso senso, dal Pampaloni, Bull. IDR. 21, 200 sgg., dal Beseler, Beitr. 2, 65 (conforme al Pampaloni) e da me, in questo Bullettino, 26, 52 sgg., 85 sgg. Tenendo ferme le conclusioni della mia precedente indagine, per ciò che riguarda l'origine compilatoria del sistema pel quale si calcola definitivamente il rapporto pel suo valore venale pendente condicione, e per ciò che riguarda la restituzione della *dubitatio* della giurisprudenza classica, sul punto se i rapporti condizionali si debbano far valere immediatamente nel computo dell'asse, salvo una cauzione ai legatari per l'eventuale supplemento, ovvero non debbano, pendente condicione, portarsi al passivo, prestandosi dai legatari la cautio quanto amplius, sarei ora proclive a una critica più radicale del fr. gaiano, per la quale, la trattazione della stipulazione condizionale verrebbe interamente espunta.

Magna dubitatio fuit de his (legatis), quorum condicio mortis tempore pendet [*id est an quod sub condicione debetur in stipu-*

competit», dove si dichiara indifferente l'omissione della *mentio heredis*: così giustamente ROTONDI, *Pactum de non petendo* 14 n. 3.

litoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur.] sed hoc iure utimur ut [*quanti ea spes obligationis venire possit u. a. plus consecuti sint.*].

Al § 2 segue la trattazione dei legati condizionali, in cui, con parole non tutte gaiane (cfr. i miei rilievi in Bull. I. c. 57-58, 86 n. 2) si espone la regola classica: il rifacimento compilatorio si accorda bene col fatto che questa trattazione sia stata staccata dal punto dov'era originariamente in Gaio (di seguito al «sed hoc iure utimur»). Per la nostra congettura è assai grave argomento la proposizione iniziale: «de his, quorum condicio rell.» Quel pronome al neutro è assolutamente insostenibile nella genuina scrittura (io già espungevo la proposizione in Bull. I. c. 85); i compilatori tolsero il sostantivo a cui si appoggiava quando conservarono le parole gaiane a principio della loro generale trattazione¹⁾.

2° D. 35, 3, 1, 11 Ulp. 79 ed. «vel condicione aeris alieni existente» intp.? Per brevità non riporto qui le ragioni di critica del testo, già esposte in Bull. I. c. 60. L'inciso che c'interessa è espunto, senza tuttavia dichiararne la ragione, anche dal Beseler, Beitr. 3, 72-73²⁾.

¹⁾ Quanto ai principi, giunti ormai a una tale restituzione del testo, mi pare si imponga sicura e limpida la congettura che la «magna dubitatio», che Gaio ricorda, si ricollegasse alla nota controversia fra le scuole sul punto della proprietà della cosa legata (per vindicationem) pendente condicione (Gai. 2, 200). Coerentemente alla dottrina sabiniana («nostri praeceptores heredis esse putant»), si capisce il sistema per cui, pendente condicione, la cosa deve calcolarsi nell'asse e non dar luogo a riduzioni in considerazione della falcidia; coerentemente alla dottrina proculiana («diversae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse»), si intende il sistema - rappresentato appunto da Celso (D. 35, 2, 53 e su esso quanto scrivevo in Bull. 26, 68 sgg.) - per cui i legati condizionali operano immediatamente la riduzione dei puri. Essendo prevalsa la dottrina sabiniana (cfr. il nr. 2 di questo studio), s'intende facilmente come, nella questione della falcidia, sia prevalso (cfr. Bull. cit. p. 70) il sistema di non portare al passivo i legati condizionali, pendente condicione, e di imporre ai legatari puri la prestazione della cautio quanto amplius.

Con questa scoperta del nesso fra la «magna dubitatio» in tema di falcidia e la controversia sulla proprietà del legato condizionale viene confermato nelle sue linee fondamentali e notevolmente integrato il mio studio sulla *Falcidiae stipulatio*.

²⁾ Indipendentemente da me: il fascicolo del BESELER uscì per le stampe pochi giorni dopo la diffusione del mio estratto. L'avvertenza vale anche rispetto alla critica del fr. 35, 2, 56, 1.

3° D. 35, 2, 56, 1 Marcell. 22 dig.: riconosciuto interpolato da me, Bull. 1. c. 81 sg. e indipendentemente dal Beseler, Beitr. 3, 133 sg.

4° D. 35, 2, 70 Ulp. 16 Sab. Falcidia stipulatio statim committitur, ubi condicio legati [*vel debiti*] exstitit.

Quest'ultima interpolazione sarà accolta o respinta insieme col risultato generale a cui sospinge l'indagine contenuta in questo capitolo ¹⁾).

27. La stipulazione praepostera è nulla nel diritto classico e valida nel diritto giustiniano.

In questo mutamento è perfettamente riconoscibile una diversa nozione del rapporto condizionale, e precisamente un mutamento nel senso da noi indicato.

« Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes? »

(C. 6, 23, 25 Iust.; I. 3, 19, 14; D. 45, 1, 64 Afr. 7 qu. [intp. De Medio-Krüger]; D. eod. 126 pr. [intp. De Medio, Arch. giur. 68, 233 sg.] ²⁾).

I classici trovavano un'insanabile contraddizione nella sussistenza di un obbligo già pendente condicione; vi riconoscevano un'assoluta impossibilità.

Essi non poterono giungere all'espedito dei bizantini di salvare il negozio col riconoscervi un'obbligazione sotto condizione sospensiva: per essi la condizione verificata non avrebbe potuto retrotrarre i suoi

¹⁾ È notevole che, quando si tratta di esemplificare una stipulazione che comincia a produrre i suoi effetti soltanto nelle persone degli eredi, non si ricorra al caso della stipulazione condizionale, che sarebbe stato ovvio quando ne fosse stata conosciuta la trasmissibilità; ma invece alla stipulazione 'cum moriar' 'cum morieris':

D. 42, 5 de rebus auct. iud. 7 Gai. 23 ed. prov. Hereditarium aes alienum intellegitur etiam id, de quo cum defuncto agi non potuit: veluti quod is, cum moreretur, daturum se promississet. rell.

D. 35, 2 ad l. Falc. 32 pr. Maec. 9 fideic. (intp. ¹⁾) ... etenim ea demum obligatio rei bonis diminutionem praestat, quae in heredem transit. nec contrarium est, quod vivente reo eo minus in bonis eius intellegebatur: nam et si ita stipulatus esset, ut cum moreretur debere (deberi Mo.) ei inciperet, tamen augerentur bona eius, quemadmodum, si ipse sub eadem condicione promississet defuncto eo minuerentur.

²⁾ Cfr. VASSALLI, *Di talune clausole con riferimento al dies mortis, etc.*, 64 sg.

effetti al periodo di pendenza, per modo che « eorum quoque annorum, qui ante impletam condicionem intercesserint, praestatio in id tempus collata intellegatur » (D. 45, 1, 64).

Il trattamento della stipulatio praepostera è un indizio saliente del mutamento che illustriamo, sul quale - per quanto abbiamo visto - non s'è portata finora l'attenzione degli scrittori.

Singole interpolazioni.

A) DI PRINCIPIO

28. Consunzione dell'azione intentata ante condicionem.

Gai. 4, 53 b.

Plus autem quattuor modis petitur...

tempore, velut si in diem stipulatus ante diem petierit.

Iu. I. 4, 6, 33 b.

Plus autem quattuor modis petitur...

tempore; veluti si quis ante diem [vel ante condicionem] petierit. qua ratione rel.

L' interpolazione fu, già molto tempo indietro, avvertita dal Krüger, Ztsch. f. Rsgesch. 7 (1868), 233-236, e ricondotta al mutato carattere della plus petitio nel diritto greco-romano ¹⁾. Si è ora in grado di rico-

¹⁾ Vagamente il dubbio dell'origine compilatoria del passo delle Istituzioni è in BUENOIR, *Théorie de la condition en dr. rom.* (1866), 243. Con distinzioni di dubbio valore elimina quel passo lo SCHMID, *Grundlehren d. Cession* (1866) I, 58, n. 56; 2, 91, n. 17. Seguono il Krüger WACH, in KELLER, *röm. Civilproz.* § 44, n. 507, KARLOWA, *Rsgeschäft u. seine Wirkung* 112, n. 1, CUQ, *Institutions juridiques* 2, 364 n. 8. Il WLASSAK, *Sav. Ztschr.* 33, 112 n. 1, dubita che non siano stati i giustinianeî gli autori del mutamento di diritto che si esprime nella interpolazione del passo delle Istituzioni. Neppure noi sapremmo affermarlo, nel senso che, anche secondo noi, è verosimile che il generale mutamento che si avverte nella dottrina della condizione si sia venuto preparando prima che i giustinianeî lo esprimessero nell'opera della compilazione, e forse anche che già qualche germe del nuovo indirizzo di pensiero fosse nella giurisprudenza classica. Ma il problema specifico dell'esegeta delle fonti romane è quello di stabilire se una data dottrina o un dato istituto era o non era nel dato testo o nella data serie di testi caratterizzati dalla loro *inscriptio*. Ora tutte le nostre indagini precedenti hanno condotto ad escludere che quello che è sicuramente il punto di vista giustiniano fosse rappresentato nei testi di alcuni fra i giuristi classici, come invece il Wlassak ritiene richiamandosi all'esposizione tradizionale del GIRARD, *Man.* ⁵ 474 sgg.

noscere che all'innovazione non fu estranea la tendenza compilatoria a ravvicinare ormai generalmente la condizione al termine. Se anche il confronto col testo gaiano, integrato dai più autorevoli editori nella forma sopra trascritta ¹⁾, non fosse sufficiente per lo stato lacunoso del ms. veronese in quelle linee (cfr. Apogr. Studemund, p. 206, lin. 16-17), non mancano validi argomenti per ritenere che il diritto classico non conoscesse una consunzione processuale dell'azione nell'ipotesi di debito condizionale. Non differisce da Gaio

Paul. sent. 1, 10, 1. *Plus petendo causa cadimus aut loco aut summa aut tempore aut qualitate: loco, alibi; summa, plus; tempore, repetendo ante tempus; qualitate, rell.*

La Consultatio 5, 4, riportando lo stesso luogo di Paolo, dà: « tempore, ante petendo ». I compilatori pregiustinianeî, attraverso i quali noi leggiamo Paolo, non riportavano dunque l'agere pendente condicione alla plus petitio tempore. Il diritto classico è poi sicuramente attestato, nella stessa compilazione giustiniana, da D. 21, 1, 43, 9, Paul. 1 ed. aed. cur. (su cui a pag. 217 nota), D. 20, 1, 13, 5, Marcian. l. s. ad form. hyp. (su cui a pag. 231), D. 12, 1, 36, Iav. 1 ep. (su cui a pag. 226), già ravvicinati anche dal Krüger²⁾ ⁽³⁾. Il ravvici-

¹⁾ KRÜGER, DUBOIS, SECKEL-KÜBLER, BAVIERA. Inserivano la menzione della condizione BÖCKING⁵, POLENAAR.

²⁾ Contro il Krüger, con argomenti che non posso accogliere particolarmente per ciò che riguarda l'esegesi dei testi da me riportati, ENNECERUS, *Rsgeschäft Bedingung etc.*, 353 sgg.

³⁾ Si riporta ancora al tema (SCHMID, l. c. 1, 58 n. 53; 2, 91 n. 17; BUFNOIR, l. c. 244 sgg.)

D. 46, 3, 36 Iul. 1 Urs. Fer.

Si pater meus praegnate uxore relicta decesserit, et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem, nihil me consumpsisse quidam existimant; [si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset, me solum heredem fuisse.] Iulianus notat: verius est, me eam partem perdisse, pro qua heres fuisset, antequam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque; nam et Aristoteles rell.

Così l'opinione esposta nella prima parte del fr. (Urseio?), come l'opinione di Giuliano sembrano fondate sulla configurazione di un credito condizionale (il credito del tutto): la consunzione dell'azione non avverrebbe affatto, secondo taluno; più propriamente non avverrebbe rispetto a tre quarti o cinque sestî del credito, secondo Giuliano, poichè per un quarto o per un sesto rispettivamente il giudizio poté essere accettato (cfr. D. 5, 1, 35). Il periodo racchiuso fra paren-

namento giustiniano dell'agere ante diem e dell'agere ante condicionem può vedersi, oltre che nell'intp. finale in D. 12, 1, 36, in D. 12, 1, 9 pr., Ulp. 26 ed. (intp. Naber-Krü.) ad vv. « ceterum-agere ». Allo stesso motivo di riaffermare la regola della consunzione processuale nello sperimento giudiziale ante condicionis eventum è dovuta la interpolazione finale in D. 7, 3, 1, 4 Ulp. 17 Sab. (« quamquam - male agit »)¹⁾: Scevola e Ulpiano, che lo cita, considerano un caso di diritto condizionale, qual'è propriamente quello del legato di usufrutto ex die.

29. Definizione di creditore.

D. 50, 16, 10 Ulp. 6 ed.

Ne abbiamo incontrate a proposito della lex Cornelia de sponsu (nr. 17) e a riguardo dell'editto de bonis possidendis proscr. vend. (nr. 22). In ambedue le sedi è escluso il creditore condizionale. È legittima la congettura che anche in questo luogo di Ulpiano, tratto dal commento all'editto de postulando (cfr. Lenel, Pal. II, col. 444, n. 1), mancasse la menzione del creditore condizionale (« vel sub condicione » intp.).

30. Compravendita di credito sub condicione.

Il contratto fa le seguenti apparizioni nelle fonti giustinianee:

D. 13, 1, 14, pr. Iul. 22 dig. (legatum sub condicione): intp. « quod si - invenerit ».

D. 35, 2, 45, 1 Paul. 60 ed. (legatum sub condicione)²⁾.

D. 35, 2, 73, 1 Gai. 18 ed. prov. (stipulatio sub condicione): intp. Vassalli, Miscell. crit., 1, 50 sgg., Bull. IDR, 26, 52 sgg., 85 sgg.³⁾.

tesi ha tutto l'aspetto di un temperamento di equità cerebrina: il fatto che nell'utero della vedova sia un feto incapace di sviluppo non è meno incerto del fatto che nell'utero sia uno piuttosto che due o tre feti (cfr. D. 5, 1, 23, 5 Sab. Cass. ap. Paul. 17 Plauti.); e questa incertezza, rispetto a un fatto futuro al momento della litis contestatio, crea il carattere condizionale del diritto del figlio a tutta (Urs.) o a tante quote parti dell'eredità (Iul.).

¹⁾ Un'altra osservazione critica su questo testo in Wlassak *Sav. Ztschr.* 33, 113 nota.

²⁾ Della critica e della esegesi del testo mi occupai ultimamente in questo *Bullettino* 26, 71-75.

³⁾ [Ora, adesivamente per quanto riguarda questa ipotesi, RABEL, *Grundzüge* cit. 502 n. 4].

Questi testi dimostrano come il criterio del valore venale di un dato rapporto sia in genere un adminiculum del legislatore bizantino. Un'altra interpo-

Riceve una generale sanzione in

D. 18, 4 de her. vel. act. vend. 17 Ulp. 43 ed.

e D. eod. 19 Iul. 25 dig.

Particolari obietti critici potrebbero proporsi contro l'uno e l'altro, testo¹⁾. Se essi non possono raggiungere (così io ritengo) quel grado di probabilità, che tuttavia si è raggiunto nei precedenti testi, basterà rilevare che l'istituto non doveva davvero essere familiare ai giuristi romani, se i compilatori per farne menzione in sede materiae dovettero ricorrere a due passi estratti dai commenti all'editto de bonis libertorum.

31. Actio l. Aquiliae per distruzione di documento di credito condizionale.

lazione, in un caso analogo a quello di rapporti condizionali (praeceptio fundi, qui pignori datus est), si ritrova con ogni probabilità in

D. 36, 1, 1, 16 Ulp. 3 fid.

Si heres praecepto fundo rogatus sit hereditatem restituere, ex Trebelliano senatus consulto restituet hereditatem. [*nec multum facit.*] (sed) si fundus pignori datus est [*neque enim aeris alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano senatus consulto restituta est. sed*] cavendum est heredi a fideicommissario, ut, si forte fundus fuerit evictus a creditore, habeat heres cautum. Iulianus autem [*cavendum non putat, sed aestimandum fundum, quanti valet sine hac cautione, hoc est quanti vendere potest sine cautione: et si potest tanti vendere non interposita cautione, quantum facit quarta pars bonorum.*] ex Trebelliano transaturas actiones (non putat) [*si minoris, retento eo quod deest similiter ex Trebelliano* (sed ex Pegasiano) restitutionem fieri: [*quae sententia multas quaestiones dirimit.*]

LENEL-KRÜ. avevano avvertito la sostituzione del Trebelliano al Pegasiano nella proposizione « similiter ex Treb. rel. »; ALBERTARIO, *Contributi allo studio della proc. civ. giustin.* 33 nota, aveva scorto l'intp. dell'inciso « neque enim restituta est »; BESELER, *Beitr.* 3, 67 sg. aveva segnato l'intp. della proposizione finale « quae sententia-dirimit ». Nessuno di questi scrittori aveva congetturato la restituzione dell'intero testo.

¹⁾ fr. 17: « nomina eorum... - ea enim res est »!; un errore nella F. fr. 19: tre errori nella F.; « ex empto vendito agere » (« vendito » del. ed. it.). L'esempio di Giuliano mi pare perfettamente corretto, dato il principio sicuramente prevalso nella giurisprudenza classica di ammettere un'accettillazione del debito condizionale. Forse questa è anche l'unica applicazione dell'azione concessa all'acquirente pendente condicione (cfr. nr. 12, pag. 220 n. 1 e nr. 26 pag. 241 nota)

D. 9, 2 ad l. Aq. 40 Paul. 3 ed.

In lege Aquilia, si deletum chi-
rographum mihi esse dicam, in
quo sub condicione mihi pecunia
debita fuerit, et [interim] testibus
[quoque] id probare possim, [qui te-
stes possunt non esse eo tempore quo
condicio exstitit] (existat) (Scial.),
[et si summam re exposita ad
suspicionem iudicem adducam, de-
beam vincere: sed tunc condemna-
tionis exactio competit, cum debiti
condicio exstiterit: quod si defe-
cerit, condemnatio nullas vires ha-
bebit].

D. 47, 2 de furtis 32, 1 Paul. 9 Sab.

De lege Aquilia maior quaestio
est, quemadmodum possit probari,
quanti eius intersit: nam si potest
alias probare, non patitur damnum.
[quid ergo, si forte pecuniam sub
condicione credidit et interim (te-
stium ei copia est) (Mo.), testimonio
quorum probationem habeat, qui
possunt mori pendente condicione?]
aut puta me petisse creditum et,
quia testes et signatores, qui rem
meminissent praesentes non ha-
berem, victum rem amisisse: nunc
vero, cum furti agam, eorum me-
moriam et praesentia ad fidem cre-
ditae pecuniae uti possum¹⁾.

Le interpolazioni segnate in D. 9, 2, 40 furono già riconosciute dal Beseler, Beitr. 1, 78 e accolte dal Krüger CIC. I¹² hl., limitatamente alla parte « et si - habebit ». In esse si attua dai bizantini, in forma ripugnante a ogni regola del diritto romano, un temperamento per cui il rapporto condizionale viene sanzionato già pendente condicione.

Quale fosse la sentenza di Paolo non è facile ristabilire. Il confronto con D. 47, 2, 32, 1 non porge sussidio sicuro, poichè ivi la nostra questione è lasciata senza risposta (« quid ergo - condicione? »); forse essa stessa è stata introdotta dai compilatori per prospettare un'eccezione al principio posto nelle prime righe, e per richiamare implicitamente la soluzione scritta in D. 9, 2, 40; verosimilmente le stesse parole « maior quaestio est » sono state mutate in corrispondenza (Paul. « nulla quaestio est »?; cfr. il pr., dove per l'actio furti si pone identica soluzione). Se è vera l'intp. in D. 47, 2, 32, 1 e se alla menzione dei testimoni in D. 9, 2, 40 non seguiva l'ipotesi della loro premorienza (l'intp. « qui - exstitit » ha somma probabilità), è vero-

¹⁾ Il mutamento di persona, il brusco ritorno alla questione sull'actio furti possono far dubitare della genuinità anche di quest'ultimo periodo (« aut puta-possuum »). Ma noi ignoriamo quali tagli e quali spostamenti i compilatori pos- sano aver fatto nella trattazione di Paolo.

simile la sentenza di Paolo 3 ed. suonasse « in lege Aquilia... nihil venit », ovvero « tabularum duntaxat aestimatio facienda est » (cfr. Riccobono, Sav. Ztschr. 34, 235 [con errori di stampa]). La congettura di Beseler lc. 80, che Paolo forse ammettesse l'azione, pendente condizione, pel valore venale del credito condizionale, è determinata dall'analogia di casi in cui questo spediente è stato introdotto dai compilatori (Vassalli, Bull. IDR. 26, 71 sgg., 85, 87 sgg.).

32. Lo statuliber può giovarsi dell'addictio bonorum libertatis servandae causa.

D. 40, 5, 4, 5 Ulp. 60 ed. Il testo è scritto quasi per intero dai compilatori (« quid deinde - admittendum »); i segni dell'intp. sono sufficientemente rilevati da Beseler 2, 60-61. L'opposto principio classico si può ancora con sicurezza ristabilire dalle prime parole del testo, dove Ulpiano, pel caso che « ex die data sit libertas », esclude l'addictio prima che il dies sia venuto. Nella fretta del mutare i compilatori poco sotto scrissero una diversa soluzione per la ipotesi stessa della libertà ex die: l'addictio « statim », la libertas « cum dies venerit »!

33. L'adsignatio liberti può farsi ex die.

D. 38, 4, 10 pr. Ter. Clem. 12 l. Iul. et Pap.

Sub condicione [*vel in diem*] liberto adsignato interim pendente [*die vel*] condicione omnia perinde observabuntur, ac si adsignatus non esset: itaque mortuo eo interim ad omnes liberos hereditas et bonorum possessio pertinebit.

Che il giurista non considerasse se non il caso della adsignatio sub condicione, è reso probabile dal seguito del fr. (§ 1), dove si esemplifica un'adsignatio condizionale; dal caso stesso del pr., la cui soluzione si attaglia meglio all'ipotesi della condicione che non a quella del termine (l'« interim », se non va congiunto al complemento « mortuo eo » [= pendente condicione], è stato interpolato in connessione dell'ipotesi del termine); dalla dichiarazione di Scevola fr. 7 eod. (« Adsignare et pure et sub condicione, et per epistulam vel testamentum [*vel chirographum*] (?) possumus... »); infine dalla corrispondente menzione compilatoria del dies nel caso parallelo della manomissione testamentaria (il Perozzi, Istit. 2, 433 nota, richiamò già al confronto di

Festo s. v. statuliber [Bruns ⁷, II 40] e di Gaio 2, 200 (= Ulp. 2, 1) con D. 40, 7, 1 pr., rilievo che non può indurre a ritenere che manchino esempi classici di libertà testamentaria ex die, vedi ad es. D. 21, 2, 69, 2 Scaev. 2 qu., D. 40, 7, 4, 2 Paul. 5 Sab.).

Le stesse ragioni valgono per far sospettare l'origine compilatoria del § finale della l. 13 eod. Pomp. 4 s. ctozum; se l'interpolazione del fr. di Terenzio Clemente non è puramente voluttuaria, e non debba quindi rientrare, piuttosto, fra quelle annoverate nella sezione seguente (B).

34. Ripudio del legato ex die.

D. 31, 45, 1 Pomp. 8 Quint. Muc.

Si sub condicione [*vel ex die certa*] nobis legatum sit, ante condicionem [*vel diem certum*] repudiare non possumus: nam nec pertinet ad nos, antequam [*dies veniet* (veniat *F*²) *vel*] condicio existat.

L'assimilazione della rinuncia del legato condizionale e del legato a termine è con ogni verosimiglianza compilatoria; e compiuta nell'attuazione di quella sistematica giustapposizione del dies e della condicio, di cui abbiamo dimostrato numerosi esempi ¹⁾. Il principio espresso nel nostro testo, per ciò che riguarda il legato a termine, è già stato messo gravemente in dubbio dal Windscheid, Pand. I § 96 n. 5, III § 643 n. 4, (vedi ivi i richiami della letteratura; aggiungi Di Marzo, Saggi critici sui libri di Pomp. ad Q. M. 64 sg.); nè può trovare sicuro appoggio in D. 50, 17, 174, 1, testo di cui non sappiamo esattamente il tenore e il riferimento originari. Nella forma sono da notare: la variazione del genere nei complementi immediatamente successivi « ex die certa » « ante ... diem certum », la variazione dei modi nelle proposizioni coordinate e prossime « veniet vel ... existat ».

B) DI FORMA.

35. Gai. 3, 102.

Adhuc inutilis est stipulatio, si...
ego pure stipuler, tu sub condi-
cione promittas.

I. 3, 19, 5.

Praeterea inutilis est stipulatio,
si... ille pure stipuletur, tu sub
condicione promittas, [*vel contra*,

¹⁾ In questo caso l'effetto è l'estensione al termine del trattamento proprio del rapporto condizionale.

Gai epit. 2, 9, 9. Item si pure
interroget creditor, et debitor sub
condicione promittat.

*si modo scilicet id exprimas, id est
si cui sub condicione vel in diem
stipulanti tu respondeas 'praesenti
die spondeo'. nam si hoc solum
respondeas 'promitto', breviter vi-
deris in eandem diem aut condicio-
nem spopondisse: nec enim necesse
est in respondendo eadem omnia
repeti, quae stipulator expresserit].*

L'estensione dell'esempio gaiano, ch'è nella seconda parte del testo delle Istituzioni, spetta ai compilatori. Evidentemente non alle parole racchiuse da noi fra parentesi si riferisce il Ferrini (Bull. IDR. 13, 176), congetturando che nel § 5 a complemento di Gaio sia stato usato Florentino ed escludendo si tratti di aggiunta dei compilatori. Le riflessioni del dotto critico valgono solamente rispetto all'esempio di mancata corrispondenza tra domanda e risposta per ciò che sia la somma dedotta in stipulazione: per questo caso il diritto classico è rappresentato ancora dalle Istituzioni e il diritto nuovo dal Digesto (45, 1, 1, 4 intp. H. Krüger-Krü., e ora Riccobono, Sav. Ztschr. 35, 248, 256). Pel caso dell'inserzione di condizione o termine vale invece il confronto con D. eod. § 3 Ulp. 48 Sab., vv. 'et versa vice - non obligari' (rell. intp.), e questo confronto fa manifesta l'origine compilatoria delle parole delle Istituzioni. Anche nella Parafrasi greca (Ferrini 337 sg.) la parte del § mutuata da Gaio non reca l'esempio del termine, e di termine e di condizione insieme si parla nel riprodurre l'avvertenza dei compilatori (ταῦτα δὲ λέγω εἰ φανερώς κτλ.).

36. D. 16, 1 ad sc. Vell. 13, 2 Gai. 9 ed. prov.

Si sub condicione [*vel in diem*] (Eisele-Krü.) ¹⁾ mulier pro alio intercesserit, etiam pendente condicione volenti creditori cum priore debitore experiri actio danda est [*restitutoria.*] (Eisele-Krü.) [*quo enim bonum est expectare condicionem vel diem, cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo ipse debeat suscipere actionem?*]

¹⁾ Di nuovo EISELE, Sav. Ztschr. 35, 32 n. 2.

37. D. 5, 3 de hered. pet. 16 pr. Ulp. 15 ed.

Quod si in diem sit debitor [*vel sub condicione*] (Beseler 2, 56) a quo petita est hereditas, non debere eum damnari. [*rei plane iudicatae tempus spectandum esse*] secundum Octaveni sententiam, ut apud Pomponium scriptum est, [*an dies venerit:*] [*quod et in stipulatione condicionali erit dicendum. si autem non venerit, cavere officio iudicis debeat de restituendo hoc debito, cum dies venerit vel condicio exstiterit.*] (Beseler, *ibid.*) ¹⁾.

Se col Beseler si espunge la menzione della condizione, si deve riconoscere che tuttavia l'interpolazione non ha che valore formale; poichè, mantenuta la proposizione « non debere eum damnari », non poteva essere diverso il trattamento del debitore condizionale e del debitore a termine. La critica del Beseler è però insufficiente, come, troppo spesso, la critica puramente stilistica. A Ottaviano, e con lui a Pomponio e a Ulpiano, si attribuisce un'opinione assolutamente ripugnante ai principî del processo classico: si dovrebbe guardare se il dies sia giunto o la condizione siasi verificata al momento della res iudicata; altrimenti il giudice imporrà al debitore delle cauzioni. Non è solo quest'ultimo temperamento da espungere come triboniano, ma altresì il temperamento attribuito a Ottaviano: chè se s'intenti l'azione contro il debitore ex die si perde l'azione, e se si intenti contro il debitore sub condicione, nihil agitur ²⁾; e se il dies sia giunto o rispettivamente la condizione verificata, ciò si determinerà al momento della litis contestatio, e non al momento della res iudicata. Questo testo, nel fissare al momento della res iudicata gli effetti diversi della petitio hereditatis ³⁾, si ricollega in modo evidente a quella serie di interpolazioni in cui il momento della condanna si sostituisce al momento della litis contestatio (cfr. da ultimo Albertario, *Sav. Ztschr.* 35, 317, a proposito di D. 48, 2, 20).

¹⁾ WLAŠAK, *Sav. Ztschr.* 33, 110 n. 1: « unzweifelhaft stark interpoliert ».

²⁾ Nel conglobare rapporti a termine e rapporti condizionali i compilatori sono qui nell'identica posizione in cui si pongono quando ragionano di plus petitio (cfr. sopra nr. 28).

³⁾ Cfr. D. 15, 1, 30 Ulp. 29 ed., dove l'interpolazione ha sicuramente l'estensione segnata da BESELER, *Beitr.* 2, 137 sg. e 3, 47; è anche da dubitare che nel primo periodo sia intp. l'inciso « si modo sit rei iudicatae tempore ». Quanto a D. 42, 4, 7, 15 Ulp. 59 ed., cfr. nr. 21 pag. 233 sg.

38. D. 17, 2 pro socio 27 Paul.
6 Sab.

Omne aes alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est, [*licet posteaquam societas distracta (distracta F') est solutum (solvendum Mo.) sit. igitur et si sub condicione promiserat et distracta societate condicio exstitit ex communi solvendum est:*] ideoque si interim societas dirimatur, cautiones interponendae sunt.

D. eod. 28 Paul. 60 ed. (Lenel 723).

Si socii sumus et unus ex die pecuniam debeat et [*dividatur societas*] (bona mea venierint) (Le.?), [*non*] debet hoc deducere socius* quemadmodum praesens [*pure Pa*] [*debet, sed omnes dividere et cavere, cum dies venerit, defensu iri socium.*] (?).

* LE.: scil. si a bonorum emptore actione pro socio conveniatur.

I due testi per chiari indizi formali (fr. 27: passaggio dalla forma impersonale antecedente e susseguente al verbo personale « promiserat », errori nella lezione, « igitur » in prima sede, troppo prossime ripetizioni. fr. 28: errori nella lezione, procedere sintatticamente scorretto; in base all'inscriptio Lenel l. c. ha potuto ristabilirne l'originario riferimento alla rubrica edittale « quemadmodum a bonorum emptore vel contra eum agatur »), si manifestano largamente ritoccati dai compilatori. Il temperamento delle cauzioni, il quale nel fr. 28 apparisce dettato per l'ipotesi di scioglimento della società prima del giungere del termine che s'accompagna al debito contratto dal socio, secondo la critica del Lenel, sarebbe stato posto dal classico in tutt'altra, e non corrispondente ipotesi, quale quella dell'azione intentata contro il socio dal bonorum emptor; senonchè in tale ipotesi, in cui è questione appunto della deductio, mi pare probabile che di cauzioni non si dovesse affatto parlare, pel principio ricordato da Gaio 4,67 (« vocatur in deductionem et id quod in diem debetur », cfr. ancora D. 35, 2, 45 pr. e la mia restituzione in Bull. IDR. 26, 73 n. 1). Per quanto riguarda il caso di debito condizionale del socio (fr. 27), è altresì dubbio se il giurista abbia potuto ricomprendere l'ipotesi del « sub condicione promittere » là dove parla di « aes alienum contractum » (contraddicono decisamente Gai. 3, 124 e le varie definizioni di creditore: cfr. i nri. 17, 22, 29); tuttavia il temperamento delle cauzioni non contraddice alla fondamentale concezione classica del rapporto

condizionale, in quanto sarebbe anzi un mezzo per assicurare la sanzione di un rapporto che ne è immediatamente sfornito; a quel modo che si trova applicato, e indubbiamente dai classici, nel caso di legati condizionali ai fini della falcidia e nel caso di debiti condizionali dell'emancipato chiamato alla collazione (D. 37, 6, 2, 1 Paul. 41 ed.). E può trovare un appoggio, relativamente allo stesso rapporto di società, nel fr. 38 pr. eod. Sab.-Paul.

AGGIUNTE

Al nr. 1, pag. 194. Al gruppo di testi citati nelle prime linee della pagina sono da aggiungere quei testi, dai quali risulta che delle manomissioni condizionali disposte nel testamento non si tiene conto per la detrazione della falcidia, fino al verificarsi della condizione. D. 35, 2, 73, 3 Gai. 18 ed. prov.; 35, 3, 1, 11 Ulp. 79 ed. L'opposto insegnamento di D. 35, 2, 36, 4 Paul. 3 fideic. spetta ai compilatori. Per questi testi rimando al mio lavoro « Falcidiae stipulatio », nello stesso *Bullettino* 26, 52 sgg.

Al nr. 1, pag. 194. L'intpz. in D. 40, 7, 9, 2 è già stata segnata dal Beseler, Beitr. 3, 19, nei limiti « ea enim - potest ». Da D. 9, 4, 27, 1 Gai. 6 ed. prov. apparirebbe che la sentenza attribuita a Ottaviano e Ulpiano in D. 40, 7, 9, 2 non sia stata seguita da Gaio; ma le parole « deque statulibero » hanno l'aspetto di un glossema.

Al nr. 2, pag. 197. Ai testi che si cominciano in quella pagina a enumerare, per documentare la dottrina sabiniana prevalsa nel diritto romano, è da aggiungere quel gruppo di testi dai quali si insegna che per la detrazione della falcidia non si tiene conto dei legati condizionali, fino a che la condizione non siasi verificata. D. 35, 2, 73, 2 Gai. 18 ed. prov.; 35, 3, 1, 7 Ulp. 79 ed.; 35, 2, 1, 12 Paul. l. s. ad l. Falc., etc. Anche per questi rimando al citato mio lavoro « Falcidiae stipulatio ». Però, relativamente alla questione del computo della Falcidia, una traccia si conservò del punto di vista proculiano: D. 35, 2, 53 Cels. 17 dig. e cfr. sopra a pag. 255. Il quale è dai giustinianeî richiamato a nuovo

onore (D. 35, 2, 73, 1 pei crediti, 35, 2, 36, 4 per la libertà), con assai evidente riconnessione alla loro generale dottrina del rapporto condizionale, che si è in questo scritto còlta e illustrata.

Al nr. 2, pag. 203. Al principio per cui abbiamo citato D. 46, 3, 33 pr. è ancora da richiamare D. eod. 38, 3 Afr. 7 qu., intp.: Qui hominem promisit si statuliberum solvat, [*magis*] puto [*non*] esse expectandam condicionem: [*sed et - competere.*] quod si interim condicio defecerit, liberatur, [*perinde atque - condicio exstiterit.*] (?) [*illud nullo modo dici conveniet, rell.*]. Il periodo « quod si interim condicio defecerit, liberatur » non può avere avuto un senso che quando la sentenza del giurista era opposta « puto expectandam condicionem »; ora non si saprebbe a qual fase riferire l' « interim ». Il paragone « perinde atque - condicio exstiterit » (nota la variazione dei modi nei due verbi) non si può giustificare che in relazione alla sentenza triboniana « et illi conditionem competere ». L'alterazione di questo testo è ispirata alla stessa direttiva che quella rilevata in D. 30, 82 pr.

Al nr. 5, pag. 205. Su D. 23, 3, 9, 1; opportunamente il Perozzi, in una cortese comunicazione privata, propone di espungere le parole « in dominio » (« et vereor, ne non possint [-] eius effici cui datae sunt »); con che sarebbe nel modo più semplice sanato il luogo di fronte alla critica del Mitteis.

Al nr. 26, pag. 248 nota 1 e pagg. 250-251 nota 1. Pel significato e l'efficacia della clausola heredum, agli esempi ivi arrecati dal diritto inglese e dal diritto tedesco si possono aggiungere le testimonianze di diritto longobardo relative alle *convenientiae*. Ahist. 16: « Si quis langobardus . . . de quibuscunque rebus convenientiam fecerit, et poena inter se partes obligaverint, et heredes vel successoribus suis conligaverint, et idonei hominis interfuerint, non possint postea ab eorum successoribus removeri, sicut nec removitur ab eodem langobardo, excepto si pena obligatam componere voluerit ». Cfr. Schupfer, Dir. privato dei popoli germanici IV p. 25, dove sono citati anche parecchi documenti; vedi anche la *Formulae longobardicae*, pubblicate dal Walter, *Corpus iuris germanici antiqui* III p. 547 sgg.

INDICE DEI TESTI

D. (1, 8) 6 ³	p. 200	D. (12, 1) 40	p. 248, 253
(2, 10) 3 ³	238	(12, 4) 3 ⁹	194
(2, 11) 2 ^p	238	(12, 6) 2 ¹	211
(2, 14) 57 ¹	238	16 ^p	211
(5, 1) 3	234	18	211
28 ⁵	259	60 ¹	224, 225
35	358	(13, 1) 14 ^p	197, 259
(5, 3) 16 ^p	265	(13, 5) 3 ¹	228
(6, 1) 66	197	11	228
(7, 1) 12 ⁵	197	18 ¹	228
36 ¹	237	19 ^p	228
54	198	(15, 1) 30 ^p	234, 265
(7, 3) 1 ⁴	259	50 ^p	231, 233
(7, 4) 16	198, 199	(16, 1) 13 ²	264
(8, 3) 11	208	(17, 2) 27	266
(8, 4) 18	208, 244	28	266
(8, 6) 11 ¹	199	38	267
(9, 2) 23 ²	195	(18, 1) 8 ^p	244
40	261	34 ²	211
(9, 4) 27 ¹	267	35 ⁵	218
(10, 2) 12 ²	193, 198	35 ⁷	216
25 ¹²	248	50	195
44 ⁵	248	61	212, 214
(11, 7) 34	200	(18, 2) 2 ¹	219
(12, 1) 8	244	(18, 4) 4 ^p	217
9 ^p	259	17	260
36	226, 258, 259	19	220, 260

D. (18, 6) 5 p. 216	D. (30) 81 ^p p. 199
8 ^p 217, 243	82 ^p 201, 268
10 219	86 ² 244
(19, 1) 47 250	(31) 11 ^p 193, 194
(20, 1) 5 ^p 232	32 ¹ 197
13 ¹ 194	34 ⁴ 194
13 ⁵ 231, 258	45 ¹ 263
(20, 4) 9 ^{1.2} 233	50 ² 241
11 ^{p.1} 232, 244	(32) 11 ⁶ 236
(21, 1) 22 248	97 238
43 ⁹ 217, 258	(33, 5) 8 ² 208, 209
(21, 2) 69 ² 263	14 200
71 239	19 210
(22, 2) 9 250	(34, 3) 5 ² 211
(23, 3) 7 ³ 204, 205, 226	(34, 5) 15 244
9 ¹ 204, 206, 268	(34, 7) 1 ² 214
10 ⁵ 218, 219	(35, 1) 1 ¹ 193
43 220	14 195
80 225	24 195
83 225	31 194
(24, 1) 3 ¹ 213	44 ^p 210
11 ^{p.1} 203	59 ^{p.1.2} 209
11 ² 204, 207, 244	65 237
11 ^{4.5} 204	73 236
11 ⁶ 207	78 ^p 194
11 ⁷ 206	81 ¹ 195
11 ⁹ 244	94 ^p 194
(28, 7) 8 ⁷ 195	98 213
11 195	103 209
23 195	105 198, 199
(29, 5) 1 ⁴ 194, 197	(35, 2) 32 ^p 256
(30) 39 ⁴ 248	35 ^{4'} 198
41 ² 213	36 ⁴ 267, 268
49 ^p 239	45 ^p 266
54 ² 194	45 ¹ 259
69 ¹ 197	53 268
75 ³ 210	56 ¹ 256

D. (35, 2) 70 p. 256	D. (40, 7) 1 ¹ p. 231
73 ¹ . 198, 239, 254, 239, 268	3 ^{p. 1-17} 194
73 ² 255, 267	4 ² 263
73 ³ 267	6 ^{3. 5-7} 194
(35, 3) 1 ¹¹ 255, 267	7 244
(36, 1) 1 ¹⁶ 260	8 ¹ 194
(36, 2) 2 209	9 ^p 194
5 ² 209	9 ² 194, 267
5 ⁵ 194	9 ³ 239
14 ³ 215	16 193
18 209	20 ³ 194
19 ³ 220, 240	25 194
19 ⁴ 241	29 ^p 193
(36, 3) 1 ¹⁴ 241	29 ¹ 194
5 ^p 240	38 194
7 215	(40, 9) 3 201
8 242	8 ^p 230
10 239	13 231
(36, 4) 15 200	16 ² 231
(37, 6) 2 ¹ 267	16 ⁴ 230
2 ³ 215	27 ^p 211, 229
(38, 4) 7 262	29 ¹ 197, 201
10 ^{p. 1} 262	(41, 1) 34 227
13 ³ 263	(41, 2) 38 ¹ 203
(39, 2) 24 ¹⁻⁵ 253	(41, 4) 2 ²⁻³ 217
42 216	(41, 9) 1 ² 204
(39, 5) 2 ⁵ 205	9 ² 204
(39, 6) 2 203	(42, 4) 6 ^p 234
22 204	7 ¹⁴ 234
29 203, 207	7 ¹⁵ 233, 265
35 ⁷ 215	11 215
40 244	14 ² 234
44 204	(42, 5) 7 256
(39, 5) 2 ⁵ 209	(42, 6) 4 ^p 235
(40, 1) 11 200	(44, 7) 5 ⁴ 249
(40, 5) 4 ⁵ 262	42 ^p . 211, 228, 230, 233
(40, 7) 1 ^p 263	44 ¹ 193

D. (44, 7) 44 ⁶ p. 247	D. 45, 3) 28 ⁴ p. 227
(45, 1) 1 ³ 264	40 215
1 ⁴ 264	(46, 1) 13 ⁸ 222
2 ⁶ 248	72 . . . 221, 227, 240
3 ¹ 248	(46, 2) 2 242
4 ¹ 249	5 222
5 ^{9-a} 247	8 ¹ 222
5 ⁴ 249	14 ^p . . . 222, 223, 224
31 211	14 ¹ 222, 227
38 ^{p. 1,2,5} 253	24 227, 240
38 ⁶ 210	31 ^p 223, 224
38 ¹⁶ 221	(46, 3) 16 220, 244
45 ^p 216	21 229
56 ⁸ 223	33 ^p 203, 268
57 239	36 258
59 228	38 ³ 211, 268
64 256	72 ¹ 223, 224
74 216	(46, 4) 4 219
75 ^p 216	12 220
76 ^p 210	13 ⁶ 221
77 250	13 ⁷ 221
78 ^p 215	(46, 5) 1 ⁴ 223
83 ⁵ 211	(47, 2) 32 ¹ 261
85 ³ 248	(48, 2) 20 257
85 ⁶ 249	(50, 13) 6 249
85 ⁷ 195	(50, 16) 10 259
92 248	54 . . . 229, 233, 235, 239
98 ^p 212	55 235
115 ¹ 250	131 ¹ 249
115 ² . . . 213, 246, 250	213 ^p 242
122 ² 246, 249	244 249
122 ³ 248	(50, 17) 18 215
122 ⁶ 248	77 219, 220
126 ^p 256	144 ¹ 215
126 ² 248, 252	161 195
141 ^p 210	174 ¹ 263
(45, 3) 26 197, 214	

C. (3, 1) 13 ² p. 238	Gai. 2, 44 p. 214
(3, 33) 12 239	2, 195 237
(4, 5) 7 211	2, 200 193, 196, 263
(4, 11) 1 245	2, 244 196
(4, 18) 2 ¹ 227	3, 100 245
(4, 48) 2 216, 218	3, 102 263
(4, 48) 5 219	3, 120-121 221
(4, 49) 11 201	3, 124 228, 233, 266
12 218	3, 158 245
(5, 20) 2 242	3, 179 222, 225
(6, 23) 25 256	3, 195 196
(6, 43) 3 ^p 210	4, 53 b. 257
3 ²⁻³ 201	4, 67 266
(6, 46) 6 215	4, 130 193
(6, 51) 1 ⁷ 209	Gai. ep. 2, 9, 9 264
(7, 2) 8 239	Ulp. 2, 1 263
(7, 4) 9 239	2, 2 193
(8, 53) 3 239	2, 4 194
I. (2, 14) 2 227	2, 5 194
(2, 20) 23 209, 210	2, 6 194
32 214	24, 23 214
(3, 15) 4 238	24, 31 209
(3, 17) pr. 227	
2 210	Paul. 1, 10 ¹ 258
(3, 19) 2 211	
5 263	Dos. fr. 16 231
14 256	
25 238	Vat. fr. 16 217
(3, 20) 4 216	23 219
13 216	55 214
(3, 29) 3 222	58 197, 199
(4, 5) pr. 249	111 204
(4, 6) 33 b. 257	329 219
Gai. 1, 37 231	Cons. 5, 4 258
2, 6 200	

Bruns-Gradenwitz,		Documenti varî da Marini, Pa-	
Fontes ⁷		p. 253	piri diplomatici; Fantuzzi, Monu-
130	p. 253		menti ravennati; Codex diploma-
131	253		ticus caietanus; Codex diplomati-
134	248		ticus cavensis; Codex diplomaticus
137	248		Langobardiae; Troya, Codice di-
139	248		plomatico longobardo; Regesto di
162	250		Farfa; Regesto di S. Apollinare
			nuovo, ecc. p. 251-253

FILIPPO E. VASSALLI.

LA TERMINOLOGIA DEL POSSESSO

NELLA COMPILAZIONE GIUSTINIANEA

E NELLE FONTI BIZANTINE

D. 41. 2 (de adq. vel am. poss.) 1 fr.:

“ *Possessio... quam Graeci κατοχήν dicunt.* ”

I.

È la seconda volta che mi tocca prendere la penna per riconfermare risultati di mie indagini contro la critica, fattane dal Riccobono¹⁾ in una forma che non ha certo il merito della cortesia. E anche adesso, replicando, io non intendo venir meno a quella deferenza verso di lui, della quale mi sembra di aver dato prova già una volta²⁾. Conosco il rispetto che l'età giovanile deve all'età matura: sono, d'altra parte, convinto che, quanto più la critica è calma e serena, tanto più riesce utile e fruttuosa, tanto più giova a mantenere alta e pura la dignità degli studi.

Io ho davanti al Riccobono il torto di essermi permesso di disfare in parte una sua costruzione della terminologia del possesso, che egli credeva e crede, in ogni suo punto, inattaccabile.

Hinc mihi prima mali labes.

Quel mio studio è « un elemento impuro che inquina la scienza »: chi lo scrisse è un critico superficiale. Con terribili parole, infatti, egli ammonisce:

« Che vi siano critici superficiali, *che non intendono queste cose* » (cioè: la riforma giustiniana della terminologia del possesso e la sua sostanza), anche dichiarate nella forma più semplice, non può far me-

¹⁾ *Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso*, in *Studi Chironi*, I, pp. 377-424.

²⁾ Cfr. E. ALBERTARIO, *Di nuovo sul glossema in Gai. Inst. 4. 139 in Filangieri* (1914), fasc. 1.

raviglia. Se ne trovano sempre ed in tutti i tempi, pronti a negare qualsiasi verità, anche la più elementare, *per difetto di riflessione e di conoscenza*. E rispetto al nostro problema fu fatto l'inane tentativo, anche dopo la mia dimostrazione relativa alla terminologia del possesso, di tener salda la spiegazione del Savigny, almeno riguardo al diritto giustiniano, della locuzione *naturalis possessio* nella doppia accezione ormai nota ».

È vero che qualcuno potrebbe osservare al Riccobono che quelle sue cose non hanno inteso nè il Bonfante¹ nè il Mitteis²).

Non il Bonfante che, pur accogliendo, come io accolsi, le interpolazioni dal Riccobono rilevate, ritenne non pienamente dimostrata la sua tesi e, interpretando in ben diverso modo la terminologia bizantina, avvertì in essa le tracce di un oscuramento del concetto della genuina *possessio* romana presso i Greci.

Non il Mitteis, che non credette di dover trascurare quello che il Riccobono chiama un elemento impuro, e scosso, anzi, proprio da esso, giudicò cosa ardua schierarsi dalla parte del Riccobono o dalla mia.

E perciò la terribile conclusione sarebbe che anche il Bonfante e il Mitteis si dovrebbero considerare critici superficiali.

Ma quelle parole il Riccobono ha scritto soltanto per me. Nell'ardore della polemica egli non s'è preoccupato di chi, come il Mitteis, non aveva osato decidersi per lui; di chi, come il Bonfante, quietamente si era indirizzato per altra via: egli ha investito soltanto chi, come me, gli era sorto proprio di fronte, sia pure nell'atteggiamento più reverente che uno studioso potesse assumere.

Ora è tempo di vagliar la sua critica. Per parte mia, dichiaro subito che in più buon punto non poteva venire. Era vivo in me il desiderio di riesaminare la terminologia del possesso nella compilazione giustiniana e nelle fonti bizantine col sussidio di un più ricco materiale, che nel frattempo avevo potuto raccogliere. La sua critica me ne presenta la buona occasione.

Credo di non dover insistere nel confutare certe obiezioni che il R. mi fa: come quella che io non avrei avuto coscienza, accingen-

¹) *Istituzioni*, 5ª ed., p. 337, n. 1. Precisamente il BONFANTE scrive: *Una sola delle interpolazioni potrebbe esser favorevole al pensiero del Riccobono ed è quella delle parole tunc civiliter della l. 7, § 1, D. 10. 4.*

²) *Sav. Zeitschr.* (1912), 33, p. 637-638.

domi a scrivere, della gravità del problema¹⁾ o quella che io avrei equivocato nel riferire l'opinione del Bonfante. Sono obiezioni, che il lettore può - mi sembra - valutare da sè. E non insisto nel chiarire alcune mie osservazioni, non intaccanti affatto il significato della terminologia del possesso, fissato dal R. per l'epoca romana. Ripeto ancora qui che, dopo la felice esegesi dei testi da lui compiuta, la terminologia romana dei rapporti di possesso risulta la seguente:

Possessio naturalis o, anche *corporalis* - significa invariabilmente l'elemento materiale del possesso.

Possessio civilis - è il rapporto di possesso fondato mediante una *causa* riconosciuta idonea dal *ius civile* o dal *ius gentium* all'acquisto del dominio.

Possessio senz'altra aggiunta - è il rapporto di mero fatto, che si stabilisce con la volontà di tener la cosa in maniera libera ed esclusiva, garantito dagli interdetti.

Ciò che ora importa è riaffermare e, anche, con nuovi e più forti argomenti dimostrare che il R. ha frainteso la terminologia giustiniana e la terminologia bizantina.

¹⁾ Il RICCOBONO si lagna per aver io scritto di lui che il lavoro esegetico è stato solo in piccola parte apprezzato bene. Poichè sostenevo e sostengo che è stata ricostruita esattamente la terminologia classica, ma non la terminologia *giustiniana*, non la terminologia *bizantina*; mi sembra che potevo scrivere « in piccola parte » senza perciò meritarmi l'accusa di aver frainteso il valore della ricostruzione della terminologia classica.

Ammettere che l'usufruttuario nella legislazione giustiniana è ancora detentore, perchè ancora nella legislazione giustiniana non è *possessor rei* significa disconoscere la grandiosa evoluzione dell'istituto del *possesso*, che nell'epoca postclassica ha per oggetto sì la *cosa* che il *diritto*. Se il possesso di cosa si chiama *possessio* e il possesso di diritto piuttosto frequentemente si vuol chiamare *quasi possessio*, ciò non vuol affatto dire che l'uno e l'altro non siano riconducibili ad un *concetto unico*. La differenza tra le due categorie è, *quando pure esiste*, formale: non sostanziale. E molte volte non è neppur formale. Così i Bizantini parlano di « *possessio usufructus* (D. 7. 6. 3 itp.: BESELER, ALBERTARIO, PAMPALONI) », di « *possidere ius* (servitutis) (D. 8. 4. 2 itp.: EISELE, ALBERTARIO) », numerose volte di « *possidere* (superficiem) (D. 43. 18. 1, un testo in gran parte rimaneggiato dai compilatori: BAVIERA, BESELER, ALBERTARIO) ».

Caratteristico è poi l'interpolato fr. 2, § 3, D. 43. 26: *Habere precario videtur, qui possessionem [vel corporis vel turis] adeptus est*.

L'interpolazione *evidentissima* dimostra che la *possessio* per i Bizantini può essere o *corporis* (e allora è detta soltanto *possessio*) o *turis* (e allora è frequentemente detta *quasi possessio*). Ma si tratta - è chiaro - di due attuazioni concrete di uno stesso concetto: non di due concetti distinti.

Egli ritiene che nella compilazione giustiniana la *possessio civilis* comprenda sia il possesso che ha una *causa* riconosciuta dal *ius civile*, sia quel rapporto comunque costituito, ma che nondimeno è provvisto di tutela giuridica. La *possessio naturalis*, in contrapposto, sarebbe sempre la relazione di possesso che in sè e per sè è sfornita di conseguenze giuridiche di qualsiasi ordine.

Io ritengo che il significato della terminologia giustiniana sia ben diverso. Ritengo, anzitutto, che la *possessio civilis* non comprenda anche il possesso, mero rapporto di fatto provvisto della tutela giuridica interdittale. La *possessio civilis* indica nell'epoca giustiniana la *possessio ex iusta causa* e più propriamente ancora — con un passo che era agevole fare e che le fonti ci dimostrano fatto — la *possessio ad usucapionem*. Ritengo, poi, che *possessio naturalis* o, anche, *corporalis* non indichi ora più esclusivamente la detenzione, ma indichi anche il possesso.

Quei due testi, che il R. non ha potuto torcere a significare quel ch'egli vorrebbe, il fr. 11 D. 41. 1 e il fr. 53 D. eod., sono da lui dichiarati essere « senza alcun riferimento alla qualificazione del rapporto di possesso »: secondo me, invece, hanno — e devono avere — un riferimento innegabile e luminoso. Sono voci chiare e preziose della nuova epoca.

Per constatare da qual parte è l'apprezzamento esatto, da quale l'apprezzamento erroneo delle fonti, riesaminiamole un'altra volta.

II.

fr. 1 D. 43. 16 (Ulp. 1. 69° ad ed.):

§ 9 Deicitur is qui possidet, [*sive civiliter sive naturaliter possideat*]: nam et [*naturalis*] *possessio ad hoc interdictum pertinet*.

§ 10 Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: [*non tamen si colonus*].

Il R., servendosi molto opportunamente di alcuni testi classici, ricostruisce il testo ulpiano così:

Deicitur is qui possidet, (*nec vi nec clam nec precario ab adversario: iuste autem vel iniuste adversus ceteros*) possideat (*nihil refert*): nam et (*iniusta*) *possessio ad hoc interdictum pertinet*.

La ricostruzione del testo romano è acuta e felicemente indovinata: la valutazione del testo giustiniano è, invece, inaccoglibile.

Egli ritiene che il motivo, primo, *fondamentale*, della alterazione del testo fu quello di estendere l'*interdictum unde vi* anche al semplice *detentore* con certe limitazioni (e semplice detentore sarebbe ancora nel diritto giustiniano, secondo il R., l'usufruttuario). Ritiene, perciò, che *naturalis possessio* sia terminologia giustiniana, indicante pur sempre, come nel diritto classico, la *detenzione*: la *civilis possessio*, che nel testo è contrapposta ad essa, dovrebbe indicare qualunque rapporto di possesso, anche il semplice possesso interdittale. La menzione del possesso del coniuge donatario, che, dopo il rimaneggiamento del testo, è divenuto un esempio di *possessio naturalis* = *detenzione*, sarebbe una distrazione dei compilatori.

Tutto ciò, secondo me, è inesatto.

È bene avvertire, innanzitutto, che il motivo primo, *fondamentale*, della alterazione del testo romano, dal R. egregiamente ricostruito, fu proprio la considerazione che permise di ricostruire il testo genuino. Voglio dire che i compilatori *dovevano* alterare e rimaneggiare il testo genuino, che accordava l'*interdictum unde vi* soltanto nel caso di *possessio iusta*, perchè essi, fondendo i due interdetti romani *de vi cottidiana* e *de vi armata* o, per dir meglio, abolendo in realtà il secondo, trasportarono la caratteristica essenziale dell'*interdictum de vi armata* — l'assenza della *exceptio vitiosae possessionis* — nell'interdetto della semplice violenza.

Lo scopo, dunque, della *alterazione* del testo genuino fu per i compilatori quello di mettere in armonia il testo con questa loro riforma.

Vediamo, ora, se lo scopo delle *parole compilatorie sostituite* fu quello di estendere l'*interdictum unde vi* anche al semplice detentore con certe limitazioni: di estenderlo, precisamente, all'usufruttuario — *detentore*.

Questo scopo, in realtà, non è mai esistito.

E ciò io dico per le seguenti considerazioni.

1. — La prima considerazione, e la più generale, è questa.

Il R. si ostina a sostenere che l'usufruttuario è ancora nell'epoca giustiniana un detentore, mentre in realtà a chi non voglia tenere gli occhi chiusi sulle visibili alterazioni delle nostre fonti egli deve apparire un *possessor iuris*. Io non credo di dover qui fare una com-

pleta revisione dei testi, in cui si parla di *possessio* o di *quasi possessio*, di *traditio*, di *deiectio* a proposito dell'usufrutto. Quei testi io ho già cercato di dimostrare tutti alterati appunto per la nuova *tendenza post-classica* di concepire il possesso del *diritto*: una tendenza nettamente e crudamente ripugnante con la nozione del possesso romana. Mi sembra di poter rinviare al forte studio innovatore del Perozzi ¹⁾; agli studi miei ²⁾, che — se non erro — hanno più largamente sviluppata e più precisamente determinata l'origine postclassica della nuova nozione; di poter richiamare l'autorevole adesione del Peters ³⁾, del Fehr ⁴⁾ e soprattutto del Rabel ⁵⁾.

2. — Il R. sostiene che i Bizantini hanno voluto mediante l' interpolazione eseguita nel fr. 1 § 9 D. 43. 16 estendere l' *interdictum unde vi* anche al *detentore*, precisamente all' *usufruttuario*. Orbene. Con questa affermazione si trova in irriducibile contrasto uno scolio di un tardo maestro, l' Agioteodorita, che *subordina* ancora la *deiectio* e l'esperibilità dell' *interdictum unde vi* al *possesso*. Si veda, infatti, quel che l' Agioteodorita avverte in Bas. 60. 17. 9. 4 (Heimb. 5. 586):

καὶ ἐπὶ τῶν ἀσωμάτων πασῶν δουλειῶν προσωποκῶν τε καὶ πραγματικῶν παρακανονίζοντά φημι τὸν νομοθέτην δέχεσθαι καὶ νομῆν, καὶ βιαιῶς ἐκβολὰς, καὶ οὐκ οὐδὲ βί.

[et in omnibus incorporalibus servitutibus personalibus et realibus dico Iurisconsultum regulariter admittere et *possessionem*, et *violentas deiectiones*, et *interdictum unde vi*].

¹⁾ *I modi pretoriti d'acquisto delle servitù* in Riv. it. p. l. sc. giur. (1897), pp. 1-50 e pp. 167-187.

²⁾ *La protezione pretoria delle servitù romane* in Fflangieri (1912) nn. 3-4; *Il quasi-possesso dell'usufrutto nella dottrina romana* in Rend. Ist. Lomb., serie 2^a, 45 (1912); riassunto in Bull. dell'ist. di dir. rom. dello stesso anno; Corso di diritto romano, *Il possesso*, pp. 49-170, Camerino, tip. Tonnarelli, 1913; *Di nuovo sul glossema* in Gat Inst. 4. 139 in Fflangieri, nn. 1-2 (1914).

Tra le interpolazioni più evidenti indico quella eseguita in D. 4. 6. 23. 2: [vel *usus fructus quasi possessionem*] e in D. 43. 16. 3. 17: *usus fructus* nomine [quasi] in possessione.

³⁾ Sav. Zeitschr. (1912), 33, p. 595.

⁴⁾ Sav. Zeitschr. (1913), 34, p. 417.

⁵⁾ *Zu den sogenannten prätorischen Servituten* in Mélanges Girard, p. 2, n. 2 estr. e recentissimamente *Grundzüge des römischen Privatrechts* in Enzyklopädie von Holtzendorff, p. 437, dove la *tutis possessio* è detta una *spätere Auffassung*.

3. — Se lo scopo delle parole compilatorie sostituite fosse stato quello di estendere l'interdictum unde vi all'usufruttuario-*detentore*, avremmo una riforma giustiniana, di cui non sarebbe possibile comprendere la ragione. All'usufruttuario-*detentore* aveva già il diritto classico accordato *in via utile* l'interdictum unde vi: perchè, dunque, i Giustinianeî gli avrebbero accordato nella sua qualità di *detentore* l'interdetto in via diretta anzichè in via utile quando, proprio nella loro epoca, non c'è più distinzione sostanziale tra azione diretta e azione utile? Non è una delle più note, e a un tempo delle più antiche, interpolazioni quella eseguita nel fr. 46 (47) § 1 D. 3. 5 (Paul. l. 1^o sent.):

« Nec refert *directa* quis an *utili* actione agat vel conveniatur, quia *in extraordinariis iudiciis*, ubi conceptio formularum non observatur, *haec suptilitas supervacua est* »?

La concessione giustiniana dell'interdetto in via diretta anzichè in via utile — introdotta nel fr. 3 § 13 D. 43. 16 — si comprende soltanto se si tiene presente che l'usufruttuario ha nella nuova epoca la *possessio iuris* e che perciò i compilatori erano indotti a togliere ciò che con la nuova costruzione dell'istituto *anche formalmente* contrastava.

4. — Se fosse esatta la tesi del R., diventerebbe assolutamente incomprensibile il motivo per il quale i Bizantini avvertono che l'interdictum unde vi è negato al colono. Si tratta di un motivo stereotipamente ripetuto.

(*Heimb.* 5. 574 = *Bas.* 60. 17. 7. 15):

ὁ κολωνός δὲ ἐκβαλλόμενος τοῦ ἀγροῦ οὐ κινεῖ τὸ ἐντέρικτον, ἐπειδὴ ἄλλω νέμεται.

[Colonus autem fundo deiectus non agit interdicto, quia alii possidet].

(*Heimb.* 5. 575 = *Bas.* 60. 17. 7. 17):

οὐ μέντοι μισθωτός. Οὕτως γὰρ ἄλλω νέμεται.

[non etiam colonus. *Hic enim alii possidet*].

(*Ibid.*):

Οὐ γὰρ ἑαυτῷ, ἀλλ' ἐτέρῳ νέμεται, ... καὶ διὰ τοῦτο ἐκβαλλόμενος κινεῖ.

[Non enim sibi, sed *alii possidet*, ... et ob id deiectus non agit]. Il colono, adunque, non può esperire l'*interdictum unde vi*, perchè *alii possidet*, perchè ha la *possessio pro alieno*, perchè — insomma — è *detentore*. Come si concilia con questi testi la tesi del R. che afferma scopo della riforma giustiniana quello di estendere l'*interdictum unde vi* all'*usufruttuario-detentore*? Non si concilia. Se un solo *detentore* avesse potuto esperire l'*interdictum unde vi*, la motivazione bizantina sarebbe senza senso. Bisogna, dunque, o sopprimere quella concorde unica motivazione o riconoscere che la tesi del R. è insostenibile.

5. — Il R., per ritenere che *possessio naturalis* significa anche nell'epoca giustiniana soltanto la detenzione, è costretto a supporre che la illazione « *denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti* » sopravviva nel testo per una distrazione dei compilatori. Osservo che il pensarlo mi sembra semplicemente assurdo.

Se essi *soggiungono la limitazione* « non tamen si colonus » *dopo la illazione* « *denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti* », ciò vuol dire, *evidentemente*, che di distrazione dei compilatori non è a parlare, a meno che non si voglia vederla a tutti i costi, contro ogni indizio che la riveli.

Notevole è, anche, che la *summa dei Basilici* (60. 17. 7 in *Heimb.* 5. 574), la quale aveva modo di guardarsi dal ripetere l'errore che per una distrazione dei compilatori si sarebbe infiltrato, secondo il R., nel testo giustiniano del Digesto, richiama invece anch'essa limpidamente il possesso del coniuge donatario alla *possessio naturalis*. Essa, infatti, rende il testo così:

Ἐκείνος ἐκβάλλεται ὁ νέμόμενος ἢ πολιτικῶς ἢ φυσικῶς.

Ὅθεν (!) καὶ γυναῖκι δωρήσεται ἀνὴρ, καὶ ἐκβληθῆ, κινήσει τὸ νόμιμον παράγγελμα, οὐ μέντοι μισθωτός.

E uno scolio, a questa *summa* apposto, avverte che anche la *possessio naturalis* — ad es., *il possesso del coniuge donatario* — ha la protezione interdittale.

Καὶ ἡ φυσικὴ γὰρ νομὴ ἀνήκει πρὸς τοῦτο τὸ ἰντέρδικτον. ἀμέλει εἰάν ὁ ἀνὴρ δωρήσεται τῇ γυναίκε αὐτοῦ ἀκίνητον πρᾶγμα, καὶ ἐκβληθῆ

κατὰ βίαν ἢ γυνή, ἔχει τὸ ἐντέρδικτον. ὁ κολιωνὸς δὲ ἐκβαλλόμενος τοῦ ἀγροῦ οὐ κινεῖ τὸ ἐντέρδικτον, ἐπειδὴ ἄλλῳ νέμεται.

[Nam et *naturalis possessio* pertinet ad hoc interdictum. *De-nique* si maritus uxori suae rem immobilem donaverit, et mulier vi deiecta sit, habet interdictum. Colonus autem fundo deiectus non agit interdicto, quia alii possidet.]

Come concepire una distrazione, che i Bizantini nei loro sunti e nei loro commenti ripetono con così veramente rara stereotipia?

Tra ciò che il R. afferma, e ciò che lo scoliaste avverte, c'è - non saprei come altrimenti dire - un vero abisso.

Il R. dice che i Bizantini han voluto, col considerare deiectus anche chi ha la *naturalis possessio*, estendere l'interdictum unde vi anche all'usufruttuario-detentore. Lo scoliaste, invece, nella forma più energica ed assoluta esclude - come del resto abbiamo già visto - che un detentore, qualunque esso sia, possa esser tutelato dall'interdictum unde vi. Lo scoliaste mette in rilievo una, per dir così, incompatibilità insuperabile tra l'avere la detenzione e il poter esperire quell'interdetto.

Il R. ritiene che con l'espressione *possessio civilis* i Bizantini abbiano voluto indicare anche il semplice possesso interdittale. Lo scoliaste, invece, riconduce il possesso del coniuge donatario, un esempio, anche per il R., di possesso interdittale, alla *possessio naturalis*.

O sarà che io non capisco i testi greci, come non capisco, secondo il R., i testi latini? Il lettore ne giudicherà.

Cerchiamo, ora, di vedere quale fu in realtà lo scopo delle *parole compilatorie sostituite* nel testo. Abbiamo già visto che scopo della *alterazione* fu quello di armonizzare il testo con la riforma giustiniana, che aveva abolito l'*exceptio vitiosae possessionis* nell'interdictum unde vi: scopo delle *parole compilatorie sostituite alle classiche* fu precisamente quello di giustificare, tolto il punto di appoggio e di riferimento classico, la tutela interdittale accordata al possesso del coniuge donatario.

Il giurista romano ragionava così: il possesso del coniuge donatario è protetto dall'interdictum unde vi, perchè *qualunque possesso*, che non sia vi clam precario ab adversario, ha la protezione interdittale.

I compilatori giustinianeî devono modificare quel ragionamento

che non è più consono con la loro riforma abolitrice dell'*exceptio vi-tiosae possessionis* nell'*interdictum* e motivano nel modo seguente: il possesso del coniuge donatario è protetto dall'*interdictum unde vi*, perchè il *ius civile* che vieta le donazioni tra coniugi, non può vietare che il coniuge *possieda* la cosa dall'altro coniuge donatagli, in quanto « *res facti infirmari iure civili non potest* » (fr. 1 § 4 D. 41. 2). Ripetono, insomma, quella motivazione fatta dai giuristi nel fr. ora citato per spiegare perchè il coniuge donatario *possiede*.

Così motivando, essi nel nostro fr. 1 § 9 D. 43. 16 dopo l'affermazione del giurista:

deicitur is qui possidet

soggiungono:

sive civiliter sive naturaliter possideat.

Il possesso del coniuge donatario non esiste *civiliter*, ma *naturaliter*: il *ius civile* non può distruggerne la esistenza: è *naturalis*, è *res facti*.

Mi permetto di richiamare al R. il fr. 11 D. 41. 1 e il fr. 53 D. eod., dove pure i Giustinianeî anche secondo il suo avviso chiamano *possessio naturalis* = *res facti* il possesso vero e proprio.

E siccome essi non cessano dal chiamar *possessio naturalis* anche la detenzione, soggiungono l'inciso finale:

non tamen si colonus.

Questo mi sembra, dopo nuove riflessioni, lo scopo delle *parole compilatorie* sostituite nel testo alle parole originarie.

Non direi più che lo *scopo* fu quello di estendere l'*interdictum unde vi* all'*usufruttuario*, per quanto essendo questi nell'epoca giustiniana - per chi non abbia una tesi da difendere ad ogni costo - non più soltanto detentore, ma possessore (*possessor iuris*), il significato della terminologia *possessio naturalis* sarebbe pur sempre quello di *rapporto di possesso*.

E ciò per parecchie considerazioni.

Innanzitutto, perchè l'*interdictum unde vi* accordato *in via utile* dal diritto classico all'*usufruttuario*, che aveva la semplice detenzione, è stato accordato *in via diretta* dal diritto giustiniano all'*usufrut-*

tuario, che ha la *possessio* (s'intende: *iuris*), per una visibile alterazione eseguita nel fr. 3 § 13 D. h. t., *proprio in quella parte del commento all'editto che riguardava l'usufrutto*.

In secondo luogo perchè, se a ciò i compilatori miravano, avrebbero all'usufrutto accennato in modo esplicito. La espressione classica – *naturalis possessio* – non indica soltanto la detenzione dell'usufruttuario, ma *qualunque* detenzione: ed è, poi, non usata sistematicamente neppure per indicare la detenzione dell'usufruttuario, la quale è indicata da espressioni diverse, per quanto sostanzialmente identiche. Così, ad esempio, accanto al fr. 12 pr. D. 41. 2, affermando che l'usufruttuario *naturaliter possidet*, il fr. vat. 90 avverte: non possidet sed *potius fruitur*; il fr. 1 § 8 D. 43. 3: neque usus fructus neque usus possidetur, sed *magis tenetur*; il fr. 6 § 2 D. 43. 16: fructuarius et colonus et inquilinus *sunt in praedio* et tamen non possident; il fr. 49 pr. D. 41. 2: cum *naturaliter teneatur* a fructuario.

In terzo luogo, perchè dalle considerazioni già svolte risulta chiaro che i Bizantini si giovarono del concetto di *possessio* = *res facti* per giustificare la protezione interdittale del possesso del coniuge donatario.

Fr. 3 § 15 D. 10. 4 (Ulp. l. 24 ad ed.):

Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum [non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni.] denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet:

Fr. 4 (Pomp. l. 6° ad Sab.) [nam et] cum eo, apud quem deposita vel cui commodata vel cui locata res sit, agi potest.

Per sostenere la tesi che *possessio naturalis* indica pur sempre nell'epoca giustinianea soltanto la detenzione e *possessio civilis* indica *qualunque* rapporto di possesso, il R. è costretto un'altra volta ad affermare che per mera distrazione i compilatori hanno lasciato sopravvivere la frase «denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet».

L'affermazione è inverosimile. Anche qui per non poche considerazioni.

1. — Ammettiamo pure – la nuova dottrina è vivamente dibat-

tuta¹⁾ ma anche, a mio avviso, molto seducente — che i compilatori giustinianeî abbiano per i primi estesa, o estesa in modo più largo di prima, l'*actio ad exhibendum* al detentore. Ciò non vuol dire affatto che la *possessio naturalis* nell'inciso interpolato del fr. 3 § 15 cit. stia ad indicare la sola detenzione.

Se con essa i compilatori avessero voluto indicare soltanto la *detenzione*, l'avrebbero ricordata nel successivo fr. 4, in cui si fanno soltanto esempi di detenzione (*depositario*, *commodatario*, *locatario*) anzichè in questo fr. 3 § 15 proprio prima di un esempio di possesso (*creditor pignoratizio*).

Dato, invece, il *luogo* dove la interpolazione è stata eseguita, risulta chiara la doppia accezione della terminologia *possessio naturalis* adoperata dai Giustinianeî.

2. — Anche a proposito di questa pretesa distrazione dei compilatori è da osservare quel che ho già osservato a proposito della precedente.

La distrazione è inspiegabile²⁾. Se i compilatori hanno legato insieme, come lo stesso R. riconosce, mediante il *nam et* il testo pomponiano al testo ulpiano, e precisamente alla parte finale del testo ulpiano « *denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet* », è evidente che, anzichè aver conservate queste parole finali del fr. 3 § 15 per mera distrazione, le avevano invece nette dinanzi agli occhi²⁾.

I Bizantini nelle loro opere, poi, anzichè evitare di richiamare il

¹⁾ Nella sua forma più radicale essa è sostenuta dal BESELER (*Beiträge*, I, pp. 1-45); nella sua forma più temperata dal RICCOBONO (*Sav. Zeitschr.* 1910, 31, pp. 349-352 e pp. 370-371). Contro: LENEL (*Grünhut's Zeitschr.* 1910, 37) e MITTEIS, *Sav. Zeitschr.* 1910, 31, p. 491).

²⁾ Con ciò io non intendo affatto negare che distrazioni dei compilatori non esistano. È cosa, questa, a tutti nota: e recenti esempi ne sono stati addotti dal SEGRE (*Riv. di dir. civ.* 1914, p. 607² (estr. p. 23²) e dal BERGER (*In tema di detenzione* in *Bull.* 1915, p. 59, n. 1 estr.).

Ciò che io nego, è che nello stesso periodo (D. 10. 4. 3, § 15; 4) o nello stesso gruppo di periodi (D. 43. 16. 1, § 9. 10), dai compilatori rimaneggiato, questi alterino in modo da far uscire dalla alterazione un principio proprio opposto a quello che essi vogliono fissare.

E insisto nel rilevare la comodità dell'espedito, trovato dal R., in quanto che sopra cinque soli testi egli ne ha bisogno per eliminarne due!

³⁾ Il BESELER, che pur rilevò l'interpolazione indipendentemente dal Riccobono, è ben lontano dall'immaginare questa distrazione.

possesto del creditore pignoratizio alla *possessio naturalis*, ve lo richiamano con particolare insistenza.

La summa greca del fr. 3 § 15 e del fr. 4 citati è, soprattutto, molto significativa.

Bas. 15. 4. 3 in f. (ZACH, Suppl. p. 53):

Ulp. Ὁ πολιτικῶς καὶ ὁ φυσικῶς νεμόμενος ἐνάγεται τῇ παραστατικῇ τοῦ πράγματος ἀγωγῇ.

Bas. 15. 4. 4 (ibid.):

Pompo. Ὅθεν (!) καὶ ὁ λαβὼν τὸ πρᾶγμα εἰς ἐνέχυρον ἢ παραθήκην ἢ ἐν χρήσει ἢ ἐν μισθώσει ἐνάγεται.

[Qui civiliter et qui naturaliter possidet ad exhibendum actione convenitur.

Ideoque et is qui rem pignori accepit, vel apud quem deposita vel cui commodata vel locata res est, convenitur].

Come si vede, i Bizantini includono l'esempio del creditore pignoratizio nel fr. pomponiano. Ma, se quest'esempio era una inesattezza derivata dalla alterazione del testo latino, perchè riferirlo e riferirlo proprio nel testo pomponiano, dove non c'era?

La summa del testo ulpiano doveva esser fatta così come fu fatta: quella del testo pomponiano doveva riferire soltanto gli esempi contenuti nel corrispondente testo latino.

Mi limito, per ora, a queste considerazioni. L'analisi, che farò poi, della *civilis possessio* giustiniana getterà, sia sull'interpretazione del fr. 1 § 9-10 D. 43. 16, sia sull'interpretazione del fr. 3 § 15 D. 10. 4, nuova e, forse, anche più sfavillante luce.

Fr. 7 D. 10. 4 (Ulp. l. 24^o ad. ed.):

§ 1 Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), *quamvis tunc civiliter non possideas*.

§ 3 Item municipes ad exhibendum conveniri possunt (*quia facultas est restituendi?*)¹⁾ nam et *possidere et usucapere* eos posse constat.

¹⁾ Le parole, chiuse tra parentesi, si sogliono ritenere interpolate. Sorprende in realtà la duplice, slegata motivazione. Cfr. BESELER, *Beiträge*, I, p. 16.

Sintomatico è il rilievo che la summa rei Basilici (ZACH., *Suppl.*, p. 55) rende il testo ulpiano omettendo la parte che il Beseler ritiene interpolata.

15. 4. 7: καὶ πόλις ἐνάγεται τῇ παραστατικῇ ἀγωγῇ ἑπειδὴ καὶ νήματα καὶ διὰ χρήσεως κυριεύει.

[Etiam civitas ad exhibendum convenitur: quia et possidet et usucapit].

È noto che a proposito di questo testo il R. ritiene interpolate le parole « *tunc civiliter* »: che il Beseler ritiene, invece, interpolata tutta la frase « *quamvis tunc civiliter non possideas* ».

Ed è noto che il R. trova in questo testo una nuova dimostrazione del suo assunto che « *civilis possessio* » indichi nell'epoca giustiniana *anche* il possesso interdittale.

Per verità, è questo il testo *apparentemente* più favorevole alla determinazione ricroboniana della *possessio civilis* giustiniana: tanto, *apparentemente*, più favorevole, che fu il *solo* che impressionò — come dappprincipio avvertii — anche il Bonfante.

Ma, per poco che si pensi, anche questo testo non giova all'assunto del R. E non giova per queste considerazioni.

1. — Non è possibile che i compilatori intendano qui l'espressione *possessio civilis* in modo diverso da quello col quale l'hanno intesa nel precedente fr. 3 § 15, relativo alla stessa *actio ad exhibendum*. Ora, siccome dal fr. 3 § 15 risulta che il *possesso interdittale* è, *insieme con la detenzione*, indicato dai compilatori mediante la terminologia *possessio naturalis*, non può qui essere indicato dagli stessi compilatori con la antitetica terminologia *possessio civilis*.

2. — In secondo luogo, si ammetta l'interpolazione nei limiti indicati dal R. o lo si ammetta nei più ampi limiti indicati dal Beseler, una cosa è certa. L'autonomia della *res*, oggetto di possesso, *suole* venire in considerazione non tanto nei riguardi della protezione interdittale quanto nei riguardi dell'*usucapione*.

Cito, ad esempio, il fr. 23 pr. D. 41. 3 di Giavoleno, uno dei testi fondamentali per ciò che concerne l'*oggetto* del possesso: cito, soprattutto, il fr. 30 D. 41. 3 di Pomponio: proprio di quel giurista, la cui opinione è richiamata da Ulpiano nel nostro testo, e che è opportuno riferire per intero.

(Pomp. l. 30° ad Sab.):

Rerum mixtura facta an *usucapionem* cuiusque praecedentem interrupt, quaeritur. tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et graece ἑνωμένον vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συννημένον vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini usbiecta, veluti po-

pulus legio grex. primum genus *usucapione* (?) quaestionem non habet, secundum et tertium habet. § 1 Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum *usucapionem* decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilo minus eum *usucapturum*, si aedificium possedisset¹⁾. quid ergo in his, quae non quidem implicantur in rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possideri et *usucapi*, cum utrumque maneat integrum. § 2 De tertio genere corporum videndum est. non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. quid ergo est? etsi ea natura eius est, ut adiectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est *usucapio*, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et *usucapio*. nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi eius gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut, si reliquus grex domini mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt, ita ut, si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen *usucapiuntur*.

Constatato, adunque, che l'autonomia della *res* suole essere considerata per decidere se la *res* può essere posseduta e, per conseguenza, *usucapita*, si comprende come i compilatori dicano che della cosa giuridicamente autonoma si ha la *civilis possessio*, della cosa non giuridicamente autonoma non si ha la *civilis possessio*. Si comprende, in quanto che — come vedremo analizzando le fonti bizantine e come ho già affermato — *possessio civilis* è per i Greci, ancor più propriamente che la *possessio ex iusta causa*, la *possessio ad usucapionem*.

3. — È, anche per un altro indizio, chiaro il motivo per cui i compilatori, anziché limitarsi a rilevare la mancanza della *possessio*, insistono invece nel rilevare la mancanza della *possessio civilis*. L'indizio è questo. *Subito dopo*, in questo stesso testo, il giurista giustifica l'*actio ad exhibendum* data contro i *municipes* così:

nam et possidere et *usucapere* eos posse constat.

¹⁾ Assai verosimilmente la decisione classica era negativa. L'interpolazione, già sostenuta dall'ALIBRANDI, è stata riaffermata da me, Corso di dir. rom., *Il possesso* (1912-13), p. 221, e intendo ribadirla in un prossimo lavoro su *Il criterio della modicità come coefficiente di riforme bizantine*.

Sarebbe bastato che motivasse soltanto:

nam et *possidere* eos posse constat.

Se così non motiva, vuol dire che anche i giuristi più che il semplice possesso interdittale, tengono presente il possesso atto all'usucapione. E, poichè il possesso atto all'usucapione è, per i compilatori, *possessio civilis*, ecco perchè nel § 1 di questo stesso testo decidono tenendo presente la *civilis possessio*, anzichè la semplice *possessio*, cioè il possesso interdittale⁴).

Fr. 38 § 7-8 D. 45. 1 (Ulp. 1. 49° ad Sab.):

Haec quoque stipulatio: 'possidere mihi licere spondes' utilis est: quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus. sed quamvis *civili iure* servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est, et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur. Plane si 'tenere sibi licere' stipulatus sit servus, utilem esse stipulationem convenit: [*licet enim possidere civiliter non possint, tenere autem eos nemo dubitat*].

Il R. ha bene avvertito l'origine compilatoria di questo *superfluo* inciso finale. Ma sostenere che *civiliter possidere* sia espressione, la quale in questo inciso comprende qualunque possesso, mentre nello stesso testo *civili iure possidere* sarebbe espressione non comprendente il possesso interdittale, è - son convinto di non dire cosa esagerata - veramente fantastico.

Ne giudichi il lettore. C'è un dilemma altrettanto semplice quanto inesorabile, al quale non si sfugge.

O si ammette che nella frase del giurista

quamvis *civili iure* servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est

l'espressione *civili iure possidere* indichi *qualunque* possesso, e allora il successivo *civiliter possidere* non può avere diverso significato. Ma in questo caso si rivelerebbe inesatto affermare quel che il R. afferma -

⁴) Tanto a proposito del fr. 3 § 15, quanto a proposito di questo fr. 7 § 1, D. h. t., ritiene che *civilis possessio* indichi la sola *possessio ad usucapionem* anche BESELER, *Beträge*, I, pp. 21 e 134; per quanto non siano tutte accoglibili le osservazioni da lui fatte a questo riguardo.

e, a mio avviso, giustamente afferma – essere la *possessio civilis* romana quella soltanto che è fondata sopra una *iusta causa*.

O si ammette, invece, col R. – ed è, secondo me, da ammettersi – che *civili iure possidere* è espressione escludente il possesso interdittale, e allora bisogna *necessariamente* ammettere che il successivo *civiliter possidere* in un inciso, nel quale i compilatori non fanno che ribadire il *concetto classico*, non può avere che il significato dell'*espressione classica*: all' identico concetto corrisponde la identica espressione.

Basta, del resto, indagare su che il R. si fonda per sostenere che, nell' inciso interpolato, *civiliter possidere* è espressione comprendente *qualunque* possesso.

Ciò, che egli scrive, non è argomentazione: è affermazione soltanto, e, come tale, contraddetta da quanto io ho già osservato.

Nel suo primo scritto ¹⁾, infatti, avverte: « Die Wiederholung des Grundprinzips trägt also ein Schulgepräge, bestimmt, die Terminologie des Besitzes hervorzuheben ».

E nel suo recente scritto ²⁾ rileva con parole ancor più immaginose: « L'alterazione della terminologia avvenne spontaneamente, nel senso che Giustiniano per escludere l'esistenza del possesso civile o pretorio nella persona degli schiavi, scrisse che essi *possidere civiliter non possunt*, ma che possiedono soltanto *naturaliter*; ed esprimeva così un principio classico in una forma nuova, dando alla parola *civiliter* un valore più esteso, comprendente pure l'effetto pretorio della tutela interdittale ».

Ciò, adunque, che il R. afferma, non dimostra, nè, in realtà, può dimostrare.

Fr. 24 D. 41. 2 (Iavol. l. 14° epist.):

Quod servus tuus ignorante te vi possidet; id tu non possides, quoniam is qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest adquirere sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. *nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia, quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere.*

¹⁾ Sav. Zeitschr. (1910), p. 362.

²⁾ Studi Chironi, I, p. 384.

Questo testo verrà studiato nuovamente da me più innanzi, quando prenderò in considerazione la terminologia *possessio corporalis*.

Per ora rilevo, però, che l'espressione *civiliter possidere* non può comprendere qui, come il R. vorrebbe, *qualunque* possesso, quindi anche il possesso interdittale.

Il R. anche qui afferma: non dimostra. Egli scrive¹⁾: « Ferner begegnet uns auch hier der Ausdruck *civiliter possidere* im Gegensatz von *naturaliter tenere*, wobei gerade *civiliter* jedes Besitzverhältnis umfasst, sei es vom Zivil - oder vom prätorischen Rechte anerkannt » e... fa punto.

Certo, alla sua affermazione non poteva essere data una giuridica base.

Una giuridica base ha l'affermazione contraria, cioè la mia, che esclude dall'espressione *civiliter possidere* qualsiasi accenno al possesso interdittale.

Il testo interpolato avverte:

peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere.

L'espressione *civiliter possidere* si riferisce, adunque, nettamente al peculio e vuol semplicemente significare che la concessione del *peculio*, fatta dal padrone allo schiavo, non è per questi una *iusta causa* che gliene faccia acquistare il possesso: il *ius civile* gliene dà soltanto la detenzione.

Una cosa, piuttosto, dall'esame di questi due ultimi testi dovrebbe balzare viva davanti agli occhi di un sereno studioso delle fonti. È la seguente.

Come i giureconsulti, così anche i compilatori contrappongono alcune volte la *naturalis possessio* alla *civilis possessio* senza aver riguardo al possesso interdittale.

È noto che Giuliano (fr. 2 § 2 D. 41. 5) insegna:

Quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur...;

¹⁾ Sav. Zeitschr. (1910), p. 360.

e che perciò la contrapposizione così fatta esprime un' antitesi tra *possessio ex iusta causa* e *detenzione*¹⁾.

Abbiamo, poi, visto 'che Ulpiano (fr. 38 § 7-8 D. 45. 1) ammonisce: *quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est*, dove pure la contrapposizione si risolve intendendo per *possessio civili iure* la *possessio ex iusta causa*, per *naturalis possessio* la detenzione.

Così, talvolta, i compilatori.

In questo stesso fr. 38 § 7-8 D. 45. 1 essi, ripetendo la contrapposizione classica, avvertono:

licet enim possidere civiliter non possint, tenere autem eos nemo dubitat.

E nel fr. 24 D. 41. 2, sempre a proposito dello schiavo, scrivono:

peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere.

Occorre però rilevare che, quando i compilatori vogliono contrapporre alla *civilis possessio* la detenzione, non adoperano - come i classici adoperavano - la terminologia *possessio naturalis*. E non l'adoperano, perchè per essi questa terminologia ha una doppia accezione: indica la detenzione e indica, anche, il possesso.

Adoperano, invece, il nudo termine *tenere* o la nuda espressione *naturaliter tenere*, che la detenzione soltanto sicuramente richiamano.

III.

Abbiamo, così, finito di considerare i testi in cui si trova contrapposta dai compilatori la terminologia *possessio naturalis* alla terminologia *possessio civilis*, e abbiamo veduto come *possessio civilis* non significhi mai ciò che il R. nell'epoca giustiniana vuol farle significare: qualunque rapporto di possesso, quindi anche il possesso interdittale.

¹⁾ Non deve esser trascurato il rilievo che questo testo è nel Digesto riferito sotto la rubrica *Pro herede vel pro possessore* e che è un frammento del commento giuliano relativo alla *usucapio pro herede*.

Abbiamo visto, invece, come i Giustinianeî nel fr. 1 § 9-10 D. 43. 16 giustifichino la protezione interdittale accordata al possesso del coniuge donatario, osservando non già - come osservavano i classici - che *qualunque possessio*, purchè non fosse vi clam precario ab adversario, era tutelato dall' *interdictum unde vi*, ma rilevando che, se esso non è *civilis*, è *naturalis*, rilevando - insomma - che, se non può essere riconosciuto dal *ius civile*, esso cionondimeno esiste: è una *res facti*, che il *ius civile* non può sopprimere.

Abbiamo visto, poi, che nel fr. 3 § 15 D. 10. 4 gli stessi compilatori giustinianeî considerano *naturalis* il possesso del creditore pignoratizio: un altro classico esempio di possesso interdittale. E abbiamo visto che, tanto nel primo quanto nel secondo caso, le summe greche e gli scolii accolti nei Basilici fissano nettamente e ripetutamente la nuova giustiniana terminologia.

Abbiamo, infine, potuto constatare che, quando i compilatori vogliono alludere al fatto materiale della detenzione, preferiscono parlare di *naturaliter tenere*, di *tenere*, anzichè di *naturalis possessio*, di *naturaliter possidere*.

Dobbiamo, ora, considerare alcuni testi, in cui non è fatta la contrapposizione tra *possessio civilis* e *possessio naturalis*, ma in cui si parla o di *possessio naturalis* o di *naturaliter possidere*, o in cui del possesso si dice che è *naturalis* o che *naturaliter adquiritur*.

Sano testi, tutti - secondo me - alterati, e sono i più interessanti: quelli, che per scoprire la base della nuova terminologia giustiniana, il sostrato del nuovo concetto giustiniano, hanno uno spiccato e veramente decisivo rilievo. Sono, in altre parole, i testi che spiegano perchè il concetto romano di *possessio naturalis*, così netto, così definito, così sincero, limitato alla determinazione, si venne nella nuova epoca dilatando sì da comprendere, oltre che la detenzione, anche il possesso.

L'alterazione di due di questi testi è stata veduta anche dal R. ma, sconvolgendo essi la sua costruzione del possesso giustiniana e della terminologia del possesso bizantina, sono stati - per la determinazione del significato della espressione giustiniana *naturalis possessio* - lasciati completamente da parte.

Alludo al fr. 11 e al fr. 53 D. 41. 1.

Quanto agli altri due testi, del fr. 22 § 1 D. 43. 26 egli contro me

difende la assoluta genuinità, del fr. 1 § 1 D. 41. 2 egli la genuinità non mette affatto in dubbio. Ritiene che sì nell'uno come nell'altro testo le espressioni *naturaliter possidere*, *naturaliter possessio* indichino *soltanto la detenzione*: io ritengo, invece, che queste espressioni nei due testi siano di *origine compilatoria* e spero di riuscir a dimostrare in maniera convincentissima – tanto il mio còmpito è agevole – che esse indicano soltanto il possesso.

E. ALBERTARIO.

LA "RESTITUTIO IN INTEGRUM" DEL PUPILLO

Che il pupillo, al pari del minore, avesse diritto alla « restitutio in integrum » contro gli atti lesivi compiuti dal tutore o da lui stesso « tutore auctore », è stata sinora una dottrina pacificamente ammessa. Unico e recentissimo contraddittore, a mia saputa, è il Partsch ¹⁾. L'autorità di questo romanista è tale che, reputando infondata la sua opinione, io sento l'obbligo di dichiarare i motivi pei quali continuo a professare la vecchia dottrina.

Quella del Partsch è la seguente: « Die angeblich in die klassische Zeit zurückreichende Praxis, dass auch aus dem Vertretergeschäft des tutor der pupillus restituiert werden könnte – Cod. 2. 24 (25). 2, 3 – ist nicht mit Sicherheit bei den Klassikern nachzuweisen, ja ich glaube, dass der tutor in beiden interpoliert ist ».

Alla disamina dei due rescritti verremo da ultimo. Qui giova subito avvertire che il Partsch non sembra voler escludere dalla « restitutio i. i. » i negozi compiuti dal pupillo con l'« auctoritas » del tutore. Ma quest'ammissione pregiudica gravemente la tesi del valoroso romanista di Friburgo, perchè, quando interpone l'« auctoritas », il tutore è proprio lo spirito direttivo e cosciente del « negotium pupilli » e difficilmente si potrebbe giustificare che tale negozio sia rescindibile, non lo sia quello gerito dal tutore solo. Orbene non mancano testi, che ammettono la « restitutio » per negozi conclusi « tutore auctore ».

D. 4. 4. 16 pr. — ULPIANUS *l. 11 ad edictum*.

In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordina-

¹⁾ *Studien zur Negottiorum Gestio*, I, p. 83 nota.

rium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate¹⁾ nec locupletior factus est.

Il testo non è scevro di alterazioni²⁾. Ma l'esempio « cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate » può ben essere genuino e prova che, quando il pupillo contrattava « cum tutoris auctoritate », era restituito in intero.

D. 4. 4. 29 pr. — MODESTINUS *l. 2 responsorum*.

Etiamsi patre eodemque tutore auctore pupillus captus probari possit, curatorem postea ei datum nomine ipsius in integrum restitutionem postulare non prohiberi.

Sia o no interpolato « curatorem », come io dubito³⁾, ciò che in questo momento vogliamo rilevare è che il pupillo viene restituito contro una lesione sofferta « tutore auctore ».

¹⁾ Il pupillo, che contratta « sine tutoris auctoritate », non ha bisogno di essere restituito in intero, perchè il contratto è nullo. Una diversa conclusione si potrebbe desumere da D. 4. 4. 3 § 11, se non fosse, come io dubito, interpolato.

ULPIANUS *l. 11 ad edictum*. Servus autem minor annis viginti quinque nullo modo restitui poterit, quoniam domini persona spectatur, qui sibi debet imputare, cur minori rem commisit. Quare et si per impuberem contraxerit, idem erit dicendum ut et Marcellus libro secundo digestorum scribit. Et si forte libera peculii administratio minori servo sit concessa, maior dominus ex hac causa non restituetur.

Sembrerebbe che l'obbligazione dell'impubere fosse valida e la restituzione fosse esclusa per riguardo alla persona del padre. Ma l'impubere, servo o libero, non ha la piena capacità di agire. Il BESELER, *Beträge*, III, p. 113, ha sospettato « qui sibi... commisit ». Proseguiamo la critica: *si forte; ex hac causa* (quali sono le altre cause?); la concessione della « libera peculii administratio » si contrappone all'incarico di amministrare la « res domini », ma la frase relativa è per l'appunto di dubbia genuinità. Io ricostruisco: «... quoniam domini persona spectatur, ut et Marcellus libro secundo digestorum scribit, si libera peculii administratio minori servo sit concessa ». Su D. 4. 4. 23 cfr. BESELER, op. cit., II, p. 72, III, p. 113.

²⁾ Cfr. BESELER, *Beträge*, I, p. 77, II, p. 37; ALBERTARIO, *Rendiconti del Regio Ist. Lombardo*, serie II, vol. 46, p. 863 sgg.

³⁾ *Minore età*, pp. 196, n. 7, 209. Posto anche che in D. 4. 4. 25 § 1 (GAIUS, *4 ad ed. prov.*) «... restitutio ipso postulante praestari debet aut procuratori eius, cui id ipsum nominatim mandatum sit: qui vero generale mandatum de universis negotiis gerendis alleget, non debet audiri » la chiusa « cui id ipsum rell. » sia interpolata per le restrizioni apportate alle facoltà del procuratore (vedi infatti C. 2. 48 [49], 1) e prescindendo magari da tutto il brano « aut procuratori eius rell. », che è scorretto, dovendosi dire « procuratore », è sempre vero che la « re-

D. 4. 4. 34 § 1 — PAULUS *l. 1 sententiarum* (= PAUL. I. 9. 4 b).

Minores si in iudicem compromiserunt et tutore auctore stipulati sunt, integri restitutionem adversus talem obligationem iure desiderant.

Seckel e Kübler giustamente ritengono che Paolo dicesse *pupilli*: la sostituzione di «minores» denota che l'impubertà è ora semplicemente uno stadio della minore età. Paolo accordava la «restitutio» ai pupilli che avevano stipulato «tutore auctore».

Anche in D. 4. 4. 29 § 1 la restituzione è voluta da una «pupilla condemnata» e, se effettivamente si trattasse di una pupilla, la lite avrebbe dovuto esser condotta con l'«auctoritas» del tutore. Per altro io dubito che la condannata sia un'ex pupilla, vale a dire al momento della sentenza una minorene.

MODESTINUS *l. 2. responsorum*. Ex causa curationis condemnata pupilla adversus unum caput sententiae restitui volebat, et quia videtur in ceteris litis speciebus relevata fuisse, actor maior aetate, qui adquevit tunc temporis sententiae, dicebat totam debere litem restaurari. Modestinus respondit, si species, in qua pupilla in integrum restitui desiderat, ceteris speciebus non cohaeret, nihil proponi, cur a tota sententia recedi actor postulans audiendus est.

«Ex causa curationis» non appartiene a Modestino. L'azione data per la curatela dal diritto classico era l'«a. negotiorum gestorum». Ma la pupilla non potrebbe essere convenuta con quest'azione, se non immaginando che fosse l'erede del curatore: una complicazione, a cui il testo non allude nemmeno lontanamente. Saremmo imbarazzati a trovare l'origine dell'emblema, se tra i più bei risultati dello studio del Partsch¹⁾ non fosse la dimostrazione che il diritto classico non conosceva l'«a. tutelae contraria», ma accordava al tutore un'«utilis a. negotiorum gestorum». I compilatori hanno letto nel passo di Mo-

stitutio» doveva prestarsi al minore «ipso postulante», non al curatore. La genuinità di D. 4. 4. 26 pr. (PAUL. 11 *ad ed.*) resta dubbia; su D. 4. 4. 24 pr. (PAUL. 1 *sent.*) cfr. EISELE, *Z. d. S. St. f. Rg.*, 18, p. 14 sgg. Queste considerazioni ribadiscono l'interpolazione da me segnalata, mentre il LENEL, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 35, p. 201 dichiara insospettabile il passo di Modestino.

¹⁾ Op. cit., p. 46 sgg.

destino ad es. « utili iudicio negotiorum gestorum condemnata pupilla » e, per equivoco, credendo che l'azione restituita fosse quella della curatela, vi hanno sostituito « ex causa curationis ».

Rimane a sapere se l' « a. neg. gest. contraria » sia stata esercitata contro la pupilla diventata pubere o mentre era ancora nell'età pupillare. La seconda alternativa è possibile, non solo se il tutore fosse stato surrogato ed avesse finito il suo ufficio prima della pubertà, ma anche continuando nella carica, perchè, secondo un'ipotesi molto probabile del Partsch ¹⁾, l' « a. neg. gest. utilis » del tutore poteva essere intentata subito, appena fatta la spesa di cui si chiedeva il risarcimento. È dunque incerto se il fr. 29 § 1 contempra la « restitutio i. i. » di una pupilla o di una minorenni; e giova prescindere da esso per il nostro studio ²⁾!

*
**

In alcuni luoghi è incerto se il tutore operi come « negotiorum gestor » o come « auctor ». Ma da questa incertezza è accresciuta la forza probatoria dei testi, perchè non solo, nella peggiore ipotesi, essi si aggiungono a quelli già veduti in cui mediante la « restitutio » sono annullati negozi conclusi con l' « auctoritas » del tutore, ma soprattutto i giureconsulti non avrebbero trascurato di precisare e rilevare la funzione del tutore, se in ordine alla « restitutio i. i. » radicalmente diversi fossero stati gli effetti secondo che il tutore compiva l'atto da solo o vi interveniva come « auctor ».

D. 4. 4. 7 § 10 — ULPIANUS *l. 11 ad edictum*.

Sed quod Papinianus libro secundo responsorum ait minore substitutum servum necessarium repudiante quidem hereditatem minore necessarium fore, et si fuerit restitutus minor, liberum nihilo minus remanere: si autem prius minor adiit hereditatem, mox abstentus est, substitutum pupillo servum cum libertate non posse heredem existere neque liberum esse: non per omnia verum est. Nam si non est solvendo hereditas, abstinente se herede et divus Pius rescripsit et imperator noster et quidem in extraneo

¹⁾ Op. cit., p. 53.

²⁾ Tranne le parole iniziali, il frammento non deve aver subito ritocchi importanti. Il BESELER, op. cit., III, p. 143 segnala « recedi » come sospetto.

pupillo locum fore necessario substituto. Et quod ait liberum manere, tale est, quasi non et heres maneat, cum pupillus impetrat restitutionem posteaquam abstentus est: cum enim pupillus heres non fiat, sed utiles actiones habeat, sine dubio heres manebit, qui semel extitit.

Due erano le affermazioni di Papiniano: 1° ripudiata l'eredità dal minore, il servo a lui sostituito diventa erede necessario e, benchè il minore si faccia restituire contro la rinuncia, tuttavia rimane libero; 2° se invece il minore accetta l'eredità e poi si astiene, il servo non può diventare erede e libero, perchè (il motivo non è espresso da Papiniano, ma è intuitivo) anche dopo l'astensione il minore continua ad essere erede « iure civili » e però non si fa luogo alla sostituzione del servo. Ulpiano critica entrambe le tesi papiniane: restringe la portata della 2ª perchè, se l'eredità è insolubile, non potendosi vendere sotto il nome dell'astenuto e non essendo giusto far ricadere l'onta che deriva dalla « possessio proscriptivae » dei beni sulla memoria del testatore, il quale con la sostituzione del servo ha ben provveduto a scongiorare tale eventualità, bisogna chiamare l'erede necessario, come hanno deciso i rescritti imperiali; taccia come imprecisa e fonte di equivoci l'espressione della 1ª, la quale, asserendo che dopo la restituzione del pupillo il servo rimane libero, potrebbe far pensare che non rimanga erede, mentre invece quest'ultima qualità non si può più perdere da chi l'abbia una volta assunta e al restituito in intero il pretore accorda soltanto le azioni utili.

Con buona pace di Papiniano, io credo che il suo censore per la seconda proposizione abbia ragione. Ma per la prima Ulpiano appare anzi che no sofisticico: poco manca che, calzando sulla locuzione papiniana più che non sia equo e oltre l'intenzione dell'autore, ci gabelli il celeberrimo Papiniano per tale che non sappia la differenza fra il diritto civile e l'onorario, tra la qualità indelebile di « heres » (*nudum nomen!* cfr. D. 38. 17. 2 § 8) e la concessione delle « actiones utiles » decretata dal pretore al restituito in intero!

La sostanza del passo è buona e chiara¹⁾. Solo stupisce che « minor » e « pupillus » siano scambiati con la maggiore indifferenza. Nella

¹⁾ Nei riguardi della terminologia potrebbe turbare « et quidem in extraneo pupillo », pensando che dell'estraneo non possa dirsi « abstinente se herede ». Ma qualche volta « abstinere » rende il senso largo di omettere, rifiutare l'eredità:

proposizione 1^a Papiniano adopera costantemente « minor », ma Ulpiano criticandola parla sempre di « pupillus ». Peggio stiamo con la 2^a, perchè lo stesso Papiniano ci offre il bisticcio « *minor adiit hereditatem — substitutum pupillo servum* ». E qui l'alterazione si dimostra con altri motivi. Il pupillo, che « *adiit hereditatem* », può astenersi, perchè l'editto gli concede questa facoltà « *etiamsi se immiscuerit hereditati* » (D. 29. 2. 57 pr.), ma il minore dovrebbe prima impetrare la « *restitutio in integrum* ». « *Abstentus est* » è passivo e sta bene con « *pupillus* », in nome del quale l'astensione è dichiarata dal tutore 1); mentre il minore manifesta da sè la sua volontà, « *se abstinuit* » 2). Al punto in cui attualmente è giunta l'indagine dei romanisti sulla mi-

cfr. D. 20. 1. 26 § 1 (MODEST. 4 *resp.*); 29. 2. 55 (MARCIAN. 2 *reg.*); 29. 2. 98 (SCAEV. 26 *dig.*); 30. 1. 17 § 2 (ULP. 15 *ad Sab.*); 33. 1. 18 § 1 (SCAEV. 14 *dig.*); 38. 9. 2 (PAPIN. 6 *resp.*); 38. 17. 1 § 10 (ULP. 12 *ad Sab.*); 38. 17. 2 § 10 (ULP. 13 *ad Sab.*); 40. 5. 14 (MODEST. 10 *resp.*); 40. 5. 41 § 14 (SCAEV. 4 *resp.*) ecc. e i §§ 5 e 9 dello stesso fr. 7. Pertanto ritiro la supposizione dell'emblema enunciata pel § 9 in *Minore età*, p. 7, n. 5; contro la quale vedi ora anche BERGER, v. *Immiscere* in PAULY-WISSOWA, *R. Encycl.*, 9, p. 1110 sgg.

1) Questa considerazione ci fa scoprire l'interpolazione di C. 5. 51. 4.

Imp. Alexander A. Aglao. Eum, qui bonis paternis secundum edicti formam abstentus est, hereditariis actionibus conveniri nulla ratio suadet. Nec ad rem facit, quod adversus curatores, si non consulte abstentus sit, actio competat: nihil quippe in ea quae ex officio gesta sunt vel geri debebunt veniet, sed culpa solum quantique interfuit eius non fuisse abstentum aestimatur. Cui consequens est, ut, si propter eam causam transegiisti cum curatoribus, nulla adversus te creditoribus patris tui petitio competat (a. 222).

Non importa decidere se *eum* sia genuino, benchè ritorni nel *Greg.* 6. 18. 13 dell'Appendice visigotica, che ci ha serbato unicamente il pr. della costituzione. Certo sono interpolati i curatori. La somma di Teodoro a Bas. 38. 3. 29 parla esclusivamente di pupillo e di tutori. E se taluni manoscritti del Codice portano « *curatores vel tutores* » o « *tutores* » senz'altro e « *curatoribus vel tutoribus* », non si può affermare sicuramente che la lezione preferita dal Krüger sia quella voluta da Giustiniano. Forse queste varianti e la scorrezione che si lamenta nella frase « *nihil quippe... veniet* » possono servire come indice dell'emblema non altrimenti che il criterio paleografico per le Pandette.

2) Cfr. D. 4. 4. 29 § 2 (MODESTINUS 2 *resp.*); 11. 1. 12 pr. (PAUL. 17 *ad ed.*); 19. 1. 52 § 1 (SCAEV. 7 *dig.*); 20. 6. 11 (PAUL. 4 *resp.*); 29. 2. 42 § 3 (ULP. 4 *disput.*); 37. 7. 8 (PAPIN. 11 *resp.*); 37. 7. 9 (TRYPH. 6 *disp.*); 46. 3. 90 (SCAEV. 26 *dig.*) ecc. ecc. Nel *Vocabularium* v. « *abstineo* » I, p. 69, lin. 50 sgg. trovasi detto costantemente che il tutore « *pupillum abstinet* » o che il pupillo « *abstentus est* ». Unica eccezione D. 26. 8. 21 « *adulescens a bonis patris abstentus est* », la cui interpolazione, da me già notata (*Minore età*, p. 66), riceve ora conferma da questo dato terminologico, quantunque sia anch'essa negata dal LENEL, op. cit., p. 158.

A proposito di minorenni tuttavia si legge « *mixtus est paternae hereditati* »

nore età, il constatare che in D. 4. 4. 7 § 10 « minor » è stato alcune volte sostituito a « pupillus » non è gran cosa ¹⁾. E la scoperta dell'interpolazione non sarebbe nemmeno necessaria per opporre il frammento alla tesi del Partsch; poichè nelle ultime righe leggiamo « cum pupillus impetrat restitutionem, posteaquam abstentus est » e l'astensione dovette pure essere dichiarata dal tutore o dal pupillo « tutore auctore ». Il fatto che originariamente nel § 10 si ragionasse esclusivamente del pupillo è importante, perchè ci guida a fare altri rilievi nei paragrafi vicini.

Il § 6 enuncia il principio: « hodie certo iure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur ». Al che segue nel § 7: « Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit et si... repudiaverit, vel... captus sit dum elegerit deteriolem, vel si duas res promiserit... et pretiosiore dederit, debere subveniri: et subveniendum est » ²⁾. L'elissi costantemente osservata del soggetto, per cui dal paragrafo precedente deve supplirsi « minor », può far nascere il dubbio che il soggetto originario sia stato tale che i commissari non abbiano potuto o voluto mantenerlo. Il § 8 è largamente interpolato ³⁾ e quindi il Partsch ritiene che non possa dar lume alla nostra ricerca. Tuttavia è notevole che in un passo dedicato esplicitamente ai minori, i quali vengono con l'ultima proposizione « nisi aut sordes aut evidens gratia tutorum sive curatorum doceatur » intesi nel senso ampio giustiniano (minori propriamente detti + pupilli), comparisca un cenno specifico alle « res pupillares », nel quale non si riscontrano difetti nè di stile nè di sostanza e a cui non si può rimproverare altro che la mala compagnia. « Quod circumspecte erit faciendum: ceterum nemo accedet ad emptio-nem rerum pupillarum, nec si bona fide distrahantur ». Non è dunque da escludere la possibilità che tali frasi provengano dall'opera ulpiana.

(D. 38. 2. 6 § 3 - ULP. 43 *ad ed.*), « si fuerit immixtus » (D. 38. 17. 2 § 10 - ULP. 13 *ad Sab.*); ma la genuinità di questi passi mi sembra dubbia. (Sull'ultimo vedi anche BERGER, *op. cit.*, p. 1110).

¹⁾ E non metterebbe conto di rilevare la sostituzione avvenuta qui, in D. 4. 4. 34 § 1 e in vari luoghi del Codice che incontreremo più oltre, se non dovessimo fronteggiare lo scetticismo che il LENEL, *op. cit.*, *passim* mostra per le interpolazioni « minor - curator » al posto di « pupillus - tutor ».

²⁾ Questa decisione energicamente imperativa « et subveniendum est » è stata forse aggiunta da Triboniano?

³⁾ Cfr. EISELE, *Z. d. Sav. St. f. Rp.*, 30, p. 108 sgg.; SOLAZZI, *La minore età*, p. 117 sgg.

Tutto insieme dimostra che in questa parte del suo commentario il giureconsulto classico si occupava in modo speciale della «restitutio» del pupillo. Ed il fatto ha bisogno di essere spiegato. Se non che io non ho nulla di meglio da presentare che una congettura. Ho combattuto, e credo con ragione, l'idea che il § 6 «hodie certo iure utimur rell.» sia stato inserito di sana pianta dai Giustiniani ¹⁾. Da quel paragrafo Ulpiano incominciava a trattare della restituzione che si concede «in lucro». Ma è anche certo che il § 6 è stato rifatto dai compilatori. Io mi permetto ora di supporre che la giurisprudenza classica soccorresse «in lucro» soltanto i pupilli e Giustiniano sia dovuto intervenire per cancellare una differenza, che, dopo la compenetrazione dell'età pupillare nella minore età, non era più sostenibile ²⁾.

D. 36. 1. 15 § 2 – ULPIANUS l. 4 *fideicommissorum*.

Plane si bona venierint, non oportet praetorem ne quidem pupillum restituere nisi ex causa, ut divus Pius rescripsit.

Il passo è oscuro e probabilmente alterato. «Ut divus Pius rescripsit» si richiama a tutt'altra materia. Cfr. D. 38. 16. 2 § 7: «proponere heredem scriptum rogatum restituere hereditatem repudiasset eam, cum nihilo minus compelli potuit adire hereditatem et restituere, ut divus Pius rescripsit». Ma il «si bona venierint» ci riconduce a D. 4. 4. 24 § 2, che tratta la questione se sia ammissibile la «restitutio i. i.» contro il repudio dell'eredità, allorchè questa sia stata venduta o altrimenti non «omnia in integro sint» ³⁾. Poichè la rinuncia è emessa dal tu-

¹⁾ Cfr. *La minore età*, p. 119 n. 2.

²⁾ Un'indiretta conferma della mia ipotesi traggio da D. 4. 4. 44.

ULPIANUS l. 5 *opintonum*. Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita eiusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti aut quod habuerunt amiserunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverunt.

Dopo «deprehensa sunt» è caduta qualche parola, che può essere e non essere «ut», sicchè le correzioni «amiserint-obligaverint» non sono sicure. Certo è invece che il verbo discordante «omiserint» appartiene ad una frase, la quale afferma la restituzione per il «lucrum» e nella quale «emolumentum» è mal collocato. Ciò autorizza a sospettare che la frase non sia genuina.

³⁾ Per l'interpolazione di D. 4. 4. 24 § 2 vedi i miei *Studi sul concorso dei creditori nel diritto romano*, I. n. 8.

tore o dal pupillo « tutore auctore », mi sono permesso, pur avanzando le debite riserve, di citar qui anche D. 36. 1. 15 § 2.

D. 46. 1. 52 § 1 – PAPINIANUS *l. 11 responsorum*.

Inter fideiussores actione divisa condemnatus si desierit esse solvendo, fraus vel segnitia tutoribus, qui iudicatum persequi potuerunt, damnum dabit; quod si divisam actionem inter eos, qui non erant solvendo, constabit, pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur.

I tutori o hanno agito in nome del pupillo o hanno interposto l' « auctoritas », sicchè la restituzione è implorata o contro un atto del tutore o contro un atto del pupillo « tutore auctore ».

*
* *

Vengono ora i passi nei quali il tutore gerisce i negozi del pupillo.

D. 4. 1. 8 – MACER *l. 2 de appellationibus*.

Inter minores viginti quinque annis et eos qui rei publicae causa absunt hoc interest, quod minores annis etiam qui per tutores curatoresve suos defensi sunt, nihilo minus in integrum contra rem publicam ¹⁾ restituuntur, cognita scilicet causa: ei vero qui rei publicae causa absit, ceteris quoque qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, haecenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur.

La rispondenza con « si per procuratores suos defensi sunt » dimostra che i tutori ed i curatori non si sono limitati ad assistere i minorenni, ma li hanno rappresentati in giudizio. E sarebbe gratuito supporre che sia interpolato proprio « tutores ».

D. 19. 2. 15 § 9 – ULPIANUS *l. 32 ad edictum*.

Interdum ad hoc ex locato agetur (*agi?*), ut quis locatione liberetur, Iulianus libro quinto decimo digestorum scripsit. Ut puta Titio fundum locavi isque pupillo herede instituto decessit et, cum tutor constituisset abstinere pupillum hereditate, ego fundum pluris

¹⁾ *Iudicatum* correggono gli editori.

locavi: deinde pupillus restitutus est in bona paterna. Ex conducto nihil amplius eum consecuturum, quam ut locatione liberetur: mihi enim iusta causa fuit locandi.

[D. 19. 2. 17] Tutelae tamen cum tutore iudicio, inquit, aget, si abstinere non debuit.

[D. 19. 2. 19 pr.] Sed addes hoc Iuliani sententiae, ut, si colusi ego cum tutore, ex conducto tenear in id quod pupilli interfuit.

Non v' ha dubbio che il soggetto agente sia qui il tutore; ed il pupillo ottiene la « restitutio ».

*
* *

Da altri luoghi non si può trarre alcun argomento. D. 4. 4. 38 pr. (PAUL. 1 *decret.*) riferisce un caso in cui l'imperatore volle accordare la « restitutio », sebbene il negozio non fosse stato contratto dalla pupilla, ma dal padre di lei. La pupilla era stata lesa da un'omissione dei tutori, che « in solutione cessaverunt » ed avevano fatto verificare la *lex commissoria*¹⁾.

A *contrariis* si potrebbe ragionare da D. 29. 2. 12 (ULP. 11 *ad ed.*). « ... Et est in semenstribus Vibii Soteri et Victorino rescriptum, non esse necesse pupillis in integrum restitui ex avito contractu, quorum pater constituerat non agnoscere hereditatem neque quicquam amoverat vel pro herede gesserat ». Se Marco Aurelio era, occorrendo, incline a restituire il pupillo « ex avito contractu », a più forte ragione la « restitutio » doveva essere ammessa « ex tutoris contractu ». Ma non credo di dovermi appoggiare ad argomenti così indiretti e così dubbi.

Preferisco citare C. 2. 53 [54]. 4 (DIOCLET. a. 285): « Res publica minorum iure uti solet ideoque auxilium restitutionis implorare potest ». Si pensi che la « res publica » compie necessariamente tutti i negozi per mezzo dei suoi rappresentanti: e perchè, al pari del municipio, non dovrebbe il pupillo²⁾ essere restituito contro gli atti del suo rappresentante legale?

¹⁾ Cfr. anche D. 40. 15. 2 § 1. Papiniano (14 *resp.*) nega la restituzione ai pupilli « quod quinque annorum tempus, cum tutores non haberent, excesserit ». Se non si trattasse di cosa « quae publicam tutelam meruit », la restituzione sarebbe stata accordata, o per difetto o per negligenza dei tutori.

²⁾ D. 40. 1. 9 (MACER 2 *de appellat.*) equipara per l'ammissibilità della « restitutio » il *pupillus* e la *res publica*.

*
* *

La prova migliore della dottrina comune sarebbe data per avventura da D. 4. 4. 39 § 1, 47 e 49, se, come io credo ¹⁾, in tutti questi passi originariamente la vendita fosse stata compiuta dal tutore. Ma appunto il Partsch, d'accordo con me nel ritenere l'interpolazione dei fr. 39 § 1 e 47 § 1, dissente nella ricostruzione dei testi genuini.

Io ai « *curatores* » interpolati sostituisco i *tutores*; egli suppone che i curatori abbiano preso il posto degli stessi minori. Potrei obiettare che nel fr. 39 § 1, facendo eseguire la vendita dal minore, non sarebbe più proponibile la questione: « quaero, cum sint idonei *curatores*, an minor adversus Titium emptorem in integrum restitui possit »; e che nel fr. 47 § 1 sarebbe inesplicabile « *pupillis* ». Ma non sarebbe poi arduo replicare con altre considerazioni ²⁾. Una polemica sulle più o meno probabili restituzioni di un testo interpolato è necessariamente infeconda per quel tanto di congetturale che è insito in esse.

Resiste invece ad ogni tentativo di trasformare la vendita del tutore in una vendita dell'adolescente D. 4. 4. 49.

ULPIANUS *l. 35 ad edictum*. Si res pupillaris [vel adulescentis] distracta fuerit [quam lex distrahi non prohibet], venditio quidem valet, verum tamen si grande damnum pupilli [vel adulescentis] versatur, etiam si collusio non intercessit, distractio per in integrum restitutionem revocatur.

E non credo che il Partsch riesca ad eliminare D. 4. 4. 47 pr., scrivendo che non offre alcuna garanzia, poichè vi sono parecchi indizi formali dell'interpolazione.

SCAEVOLA *l. 1 responsorum*. Tutor urgentibus creditoribus rem pupillarem bona fide vendidit, denuntiante tamen matre et emptoribus: quaero, cum urgentibus creditoribus distracta sit nec

¹⁾ Cfr. *La minore età*, p. 119 sgg.

²⁾ Disperata io credo la tesi del LENEL, op. cit., p. 155, n. 1 che i classici adoperassero *pupillus* « in dem weiteren Sinn des jugendlichen Pflegebefohlenen ». Le due condizioni giuridiche erano affatto distinte e non sarebbe stata tollerabile una promiscuità di linguaggio, che avrebbe facilmente generato equivoci ed errori. Anche D. 23, 2, 20 dovrebbe essere interpolato.

de sordibus tutoris merito quippiam dici potest, an pupillus in integrum restitui potest. Respondi cognita causa aestimandum, nec ideo, si iustum sit restitui, denegandum id auxilium, quod tutor delicto vacaret.

Se ne toglie l'*et* (« denuntiante tamen matre et emptoribus »), che la Fiorentina inserisce e gli editori sopprimono, i due indicativi « potest » e l'elissi di « esse » nei gerundivi « aestimandum » e « denegandum », io non trovo altro che possa far pensare ad un rimaneggiamento del passo; il quale dovrebbe essere radicalmente alterato, se nel caso sottoposto a Scevola il minorenne, anziché il tutore, avesse eseguito la vendita.

*
**

Ed ora consideriamo i due rescritti C. 2. 24 [25]. 2 e 3.

Imp. Alexander A. Marcianae (s. a.).

Minoribus annis viginti quinque etiam in his, quae praesentibus tutoribus vel curatoribus in iudicio vel extra iudicium gesta fuerint, in integrum restitutionis auxilium superesse, si circumventi sunt, placuit.

L'emblema « tutoribus vel » è sicuramente da ammettersi. Il rescritto è diretto ad una donna ed io ho dimostrato ¹⁾ che già nel diritto classico la donna minorenne era assistita dal suo curatore; ed ho pure fatto notare ²⁾ che « praesens » sta al curatore come « auctor » al tutore.

¹⁾ Cfr. *La minore età*, p. 133 sgg.

²⁾ Op. cit., p. 8 n. 1. Quivi ho scritto che la negazione (*absentia*) può applicarsi anche al tutore. Ma, benché la frase negativa sia certamente meno biasimevole della positiva, tuttavia mi sono persuaso che le costituzioni geminate C. 5. 59. 1 e 8. 37. 7 contengono emblemi.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Antoni(a)no.

[Neque tutoris neque] curatoris absentia quicquam stipulationi [pro pupillo habitae] nocet (s. die et cons.).

[Neque tutoris neque] curatoris absentia quicquam stipulationi nocet, cum et feminam minorem viginti quinque annis absente curatore stipulari posse non ambigitur (a. 294).

Dalla donna minorenne l'imperatore concludeva al maschio minorenne, perché il curatore di quella e non di questo aveva l'amministrazione, ma l'argomento

Più ardua è la dimostrazione che sia interpolata la c. 3 nel senso preteso dal Partsch.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Nicomedi (a. 286).

Etiam in his, quae minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt, licet personali actione a tutore vel curatore suum consequi possint, in integrum restitutionis auxilium eisdem minoribus dari iam pridem placuit.

Non è possibile sostituire « minores » a « minorum tutores vel curatores » senza che la decisione del rescritto divenga graziosamente ingenua, dopo aver sacrificato anche l'inciso « licet... possint ». Uno dei due « tutores vel curatores » deve restare; e allora è assai più probabile che tocchi a « curatores » di andarsene. In favore della ricostruzione « etiam in his, quae tutores male gessisse probari possunt, licet *tutela* actione *pupilli* suum consequi possint, i. i. r. auxilium eis dari iam pridem placuit » depongono tre circostanze: che il singolare « a tutore vel curatore » stona col plurale nella riga precedente, che Diocleziano non aveva motivo di rilevare la personalità dell'azione e che *eisdem* è superfluo (grecismo?). Dopo di che io non ripeterai più i dubbi che contro l'interpolazione di C. 2. 26 [27]. 5 ho creduto di esporre in *Minore età*, p. 220; ma ammetterei gli emblemi chiusi fra parentesi quadre.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Marciano (a. 294).

In rem pupilli [vel adulti] contra tutores [seu curatores] a praeside lata sententia restitutionis auxilium non minus, quam si quid adversus [eos] *eum* fuisset statutum, implorare [minores] *pupillum* posse constat.

Parimenti risolverei in senso affermativo il dubbio dell'interpolazione altra volta¹⁾ manifestato per C. 2. 24 [25]. 5.

a forziori non regge più per il pupillo. Mi spiego il dubbio che necessitasse la presenza del « curator minoris », verosimilmente sorto in quelle provincie che erano assuefatte ad altre norme giuridiche, ed intendo anche la forza dell'analogia invocata da Diocleziano. Ma non capirei più il suo ragionamento, se credessi col LENEL, op. cit., pp. 132, 195 che la posizione del « curator mulieris » nel diritto classico non differiva da quella del curatore del maschio.

In luogo di « quicquam » il testo originario avrà detto « nihil » o altra frase equivalente.

¹⁾ Cfr. *La minore età*, p. 244 n. 2.

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Valentino (a. 294).

Etiam tutoribus [vel curatoribus] distrahentibus vel alias contrahentibus minores tam restitui rebus propriis quam tutorum [vel curatorum] damna sequi, nullo eis praeiudicio per electionem generando, placuit.

Forse anche « vel alias contrahentibus » è una generalizzazione del rescritto dovuta ai commissarii, e « minores », come ne abbiamo altri esempi¹⁾, è stato sostituito a « pupillos ».

C. 2. 26 [27]. 4 testimonia a favore della dottrina da noi seguita anche se fosse genuino, perchè accorda la « restitutio », quando la lite sia stata condotta dal tutore e dal « procurator legitime ordinatus »²⁾; ma probabilmente « vel curatorum » è insiticio³⁾.

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Urbano (a. 286).

Cum et minores vos esse adfirmetis et indefensos, nullum vobis praeiudicium fieri praeses provinciae pro sua gravitate curabit. Nam si iusta defensione tutorum [vel curatorum] vobis assistente aliquid statutum est, intellegitis in integrum restitutionis auxilium vobis esse necessarium: eodem obtinente etiam, si per procuratorem vestrum legitime ordinatum lis agitata est.

¹⁾ Sopra vedemmo l'interpolazione di D. 4. 4. 34 § 1 e 7 § 10. E nel testo segue la disamina di C. 2. 26 [27]. 4, che pure mostra la sostituzione di « minores » a « pupillos ». Per C. 5. 39. 3 cfr. *La minore età*, p. 91. Che C. 5. 40. 1 sia sospetto, ho già riconosciuto nella *Minore età*, p. 219 n. 1; ma, considerando che il dubbio sollevato dal petente è concepibile solo per i tutori, i quali a volte devono tutti interporre l' « auctoritas », poichè non basta quella di un solo, non esito oggi a proporre la restituzione seguente:

Imp. Antoninus A. Miltiadi. Ab uno ex tutoribus [vel curatoribus] posse causam [minoris] *pupilli* defendi, cum alii tutores [vel curatores] eum defendere noluerint, ignorare non debes (a. 214).

Anche in C. 5. 51. 7 (Diocletianus - a. 293), ritenuti gli emblemi su cui vedi *Minore età*, p. 245 sgg., è logico ammettere che « minores » stia in luogo di « pupilli ».

²⁾ La chiusa « eodem obtinente rell. » mi riesce sospetta: 1) perchè questa decisione è enunciata con l'ablativo del participio, mentre le precedenti sono espresse con un verbo di modo finito « curabit-intellegitis »; 2) perchè il punto controverso era se i pupilli fossero stati difesi o no dai tutori e l'imperatore enuncia la soluzione giuridica di ambo i casi, sicchè la terza ipotesi esula dal campo della fattispecie.

³⁾ Cfr. op. cit., p. 242.

Anche qui «minores» mi sembra intruso, perchè secondo il diritto processuale classico, che, a quanto ne sappiamo, durava ancora al tempo di Diocleziano, i «minores et indefensi» soggiacevano alle medesime conseguenze dei maggiorenni, sino alla «bonorum venditio» o alla sentenza contumaciale. Diocleziano dovette dire «pupillos».

Citiamo ancora due rescritti dello stesso imperatore, perchè indrettamente ribadiscono il nostro assunto.

C. 2. 40. 4 = C. 5. 42. 3 § 1-2.

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Stratonicae
(a. 294).

Si tutor tuus, qui pro tutelari officio non caverat, iudicio expertus est, contra eum lata sententia iuri tuo officere non potuit, nec ea quae ab eo gesta sunt ullam firmitatem obtinent. Frustra igitur in integrum restitutionis auxilium desideras, quando ea, quae ab eo gesta sunt, qui legitimae administrationis personam sustinere non potuit, ipso iure irrita sunt¹⁾.

La «restitutio» è superflua, perchè l'atto del tutore è nullo «ipso iure». Se fosse valido, il pupillo avrebbe diritto di chiederla.

In C. 2. 28. 2 la «restitutio» non compete, perchè il negozio era stato contratto dal padre delle pupille; chè tali io credo fossero Severa e Clemenziana, sebbene il rescritto abbia «vel tutores sive curatores vestros» e già nell'epoca classica al «curator mulieris» spettassero le facoltà e i doveri dell'«administratio». Ma l'alternativa «tutores sive curatores» ripugna all'indole di un rescritto: o le destinatarie erano pupille o erano minorenni.

*
* *

Altre fonti, che si riferiscano alla «restitutio» del pupillo, io non conosco. Ma quelle, che ho citate, ci consigliano di rimaner fedeli alla vecchia dottrina.

¹⁾ Ho riferito la versione più ampia di C. 2. 40. 4. Il testo geminato scrive «adversus» in luogo di «contra» ed omette la proposizione relativa «qui legitimae administrationis personam sustinere non potuit», che io sospetto sia interpolata, non solo per la forma, ma perchè mi sembra che voglia compendiare in istile compilatorio il pr. di C. 5. 42. 3 non riprodotto in C. 2. 40. 4: «In dubium non venit tutores, qui non testamento dati sunt, administrandi potestatem nisi satisfactione emissa salvam tutelam fore non habere».

SUUM CUIQUE TRIBUERE

In uno scritto pubblicato di recente intorno a *L'evizione della res data in solutum e i suoi effetti* (Pavia, Mattei e C., 1915), io sostenni, che la teoria, rappresentata dalla l. 24 pr. D. 13, 7 e dalla c. 4 C. 8, 44, secondo la quale al creditore soddisfatto colla *datio in solutum*, in caso di evizione della cosa, non compete l'antica azione corrispondente all'*obligatio*, che avrebbe dovuto essere estinta colla *datio*, ma un'*actio* affine all'*actio empti*, sia una creazione dei compilatori, e che invece nel diritto classico, seguendo la l. 46 pr. D. 46, 3, in caso di evizione della *res data in solutum*, rimanesse l'antica *obligatio*, e competesse quindi al creditore l'azione nascente da quella.

Quando io scrivevo quelle pagine ignoravo che la stessa tesi era stata sostenuta anni or sono dal Rabel, come mi venne rivelato da una lettura dei suoi *Grundzüge des Röm. Privatrechts* (estratto dall'*Enzyklopädie* di Holtzendorff e Kohler).

Come suole, la curiosità mi condusse ad esaminare anzitutto la trattazione di quei punti, dei quali avevo avuto occasione di occuparmi; e nel capitolo dedicato all'estinzione delle obbligazioni, al § 94, trovai: « Der Schuldner haftet wegen Eviktion mit einer Klage, die die Kompilation der *actio empti* analog setzt (C. 8, 44, 4 u. a.), sicher nach Marcian, D. 46, 3. 46 pr., aus der alten Obligation »; quello appunto ch'io avevo cercato di dimostrare! Ma la sorpresa più viva mi venne data da una nota, nella quale il Rabel rimandava, per la dimostrazione, al suo lavoro intorno alla responsabilità del venditore, (I, pagine 113-115) pubblicato nel 1902. Evidentemente io ero giunto molto in ritardo!

Tuttavia rimane la soddisfazione di sapere che il risultato da me raggiunto ha ottenuto e ottiene tuttora l'approvazione dell'insigne romanista di Gottinga; a lui spetta peraltro la priorità della tesi, la

cui esattezza io, che conquistai la stessa verità indipendentemente, posso ben apprezzare, ripetendo, a mio conforto, i versi del poeta:

Selbst erfinden ist schön: doch glücklich von Andern Gefundnes
Fröhlich erkannt und geschätzt, nennst du das weniger dein!

30 aprile 1915.

P. DE FRANCISCI.

INDICE DEL VOLUME XXVII

DE FRANCISCI P. — Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette (<i>Continuazione</i>)	Pag. 5
CASTELLI G. — Il concubinato e la legislazione augustea. . .	55
COSTA E. — La condizione giuridica dei torrenti nell'età romana	72
ALBERTARIO E. — « Syndicus »	87
BONFANTE P. — Teorie vecchie e nuove sull'origine dell' eredità.	97
BORTOLUCCI G. — Il mandato di credito	129
VASSALLI F. E. — “ Dies vel condicio ”	192
ALBERTARIO E. — La terminologia del possesso nella compilazione giustiniana e nelle fonti bizantine	275
SOLAZZO S. — La “ restitutio in integrum ” del pupillo . . .	296
DE FRANCISCI P. — Suum cuique tribuere	311

Recensioni :

SENN — Études sur le droit des obligations (rec. BRONDO BIONDI)	93
---	----

26

K
9
S75
anno
26-27

Istituto di diritto romano
"Vittorio Scialoja"
Bullettino

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY
